



El Control de Convencionalidad (CCV): Fundamentación e implementación desde el Sistema Interamericano de Derechos Humanos

Jaime Cubides Cárdenas (Ed.) • Luz Eliyer Cárdenas Contreras
Hugo Carrasco Soulé • Carlos Eduardo Castro Buitrago
Nathalia María Chacón Triana • Alfonso Jaime Martínez Lazcano
Julián Enrique Pinilla Malagón • Daiana Ivonne Reyes García
Mayra Nathalia Sánchez Baquero • Paola Alexandra Sierra Zamora

PÚBLICO 17

JAIME CUBIDES CÁRDENAS. Abogado y especialista en Derecho Público de la Universidad Autónoma de Colombia, Especialista y Magíster en Docencia e investigación de la Universidad Sergio Arboleda. Profesor e investigador de la Universidad Católica de Colombia.

LUZ ELIYER CÁRDENAS CONTRERAS. Abogada y Especialista en Derecho Público de la Corporación Universitaria Republicana, miembro del Grupo de Investigación “Derecho Constitucional Derechos Humanos” de la misma Universidad.

HUGO CARRASCO SOULÉ. Abogado, Doctor en Derecho, Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México.

CARLOS EDUARDO CASTRO BUITRAGO. Estudiante de Derecho. Auxiliar de Investigación del Grupo de Investigación: “Persona, Instituciones y Exigencias de Justicia” de la Universidad Católica de Colombia.

NATHALIA MARÍA CHACÓN TRIANA. Abogada. Especialista en Derecho Constitucional de la Universidad Católica de Colombia. Profesora e investigadora de la misma universidad. Funcionaria pública.

ALFONSO JAIME MARTÍNEZ LAZCANO. Docente e Investigador Nacional del Conacyt, nivel 1. Doctor en Derecho Público y Profesor honorario de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM).

JULIÁN ENRIQUE PINILLA MALAGÓN. Abogado, Especialista en Derecho Constitucional de la Universidad Externado de Colombia, Especialista en Derecho Público y Especialista en Derecho Laboral y Seguridad Social de la Corporación Universitaria Republicana.

DAIANA IVONNE REYES GARCÍA. Politóloga con énfasis en relaciones internacionales de la Pontificia Universidad Javeriana. Especialista en Políticas y Asuntos Internacionales de la Universidad Externado de Colombia.

MAYRA NATHALIA SÁNCHEZ BAQUERO. Abogada de la Universidad Católica de Colombia. Auxiliar de investigación de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Colombia.

PAOLA ALEXANDRA SIERRA ZAMORA. Abogada de la Universidad Católica de Colombia. Estudiante del Máster en Derechos Humanos, Democracia y Justicia Internacional de la Universitat de València. Auxiliar de investigación de la Universidad Católica de Colombia.

IUS-Público es la colección que presenta los resultados de investigación, reflexión y análisis sobre las problemáticas del derecho público actual; propicia y abre espacios para la consulta, la discusión y la divulgación de los aspectos que afectan a nuestra sociedad en lo pertinente al derecho TIC, el derecho internacional, el derecho constitucional o el derecho administrativo.

De esta manera, y en reconocimiento de la importancia de las transformaciones en el derecho público, la Universidad Católica de Colombia pone a disposición de la comunidad educativa y de la sociedad en general esta colección, con la convicción de contribuir al debate y la mejora del sector público a nivel nacional e internacional.

OTROS TÍTULOS DE LA COLECCIÓN

- Precedente jurisprudencial en materia de justicia transicional
- Derecho público en el siglo XXI. Regulación del mercado, contratación pública y derechos humanos
- Perspectivas del constitucionalismo
- Fundamentos contemporáneos del derecho público. Transformaciones necesarias

Jaime Cubides Cárdenas (Ed.)

Luz Eliyer Cárdenas Contreras • Hugo Carrasco Soulé • Carlos Eduardo Castro Buitrago

Nathalia María Chacón Triana • Alfonso Jaime Martínez Lazcano

Julián Enrique Pinilla Malagón • Daiana Ivonne Reyes García

Mayra Nathalia Sánchez Baquero • Paola Alexandra Sierra Zamora

El Control de Convencionalidad (CCV): fundamentación e implementación desde el Sistema Interamericano de Derechos Humanos

PÚBLICO 17



UNIVERSIDAD CATÓLICA
de Colombia

Vigilada Mineducación

Cubides Cárdenas, Jaime

El control de convencionalidad: fundamentación e implementación desde el Sistema Interamericano de Derechos Humanos / Cubides Cárdenas, Jaime y otros nueve – Bogotá : Universidad Católica de Colombia, 2016

190 p. ; 17x24 cm.—(Colección JUS público; no. 17)

ISBN: 978-958-8934-49-5 (digital)

ISBN: 978-958-8934-48-8 (impreso)

I. Título II. Serie. III. Cárdenas Contreras, Luz Eliyer, IV. Carrasco Soulé, Hugo, V. Castro Buitrago, Carlos Eduardo VI. Chacón Triana, Nathalia M. VII. Martínez Lazcano, Alfonso Jaime. VIII. Pinilla Malagón, Julián Enrique, IX. Reyes García, Daiana Ivonne, X. Sánchez Baquero, Mayra Nathalia, XI. Sierra Zamora, Paola Alexandra

1. Derechos humanos-Aspectos jurídicos. 2. Derecho internacional. 3. Derechos humanos 4. Tratados internacionales. 5. Control de convencionalidad

Dewey 323.4 . ed. 21

Proceso de arbitraje

1er concepto

Evaluación: 8 de junio del 2016

2do concepto

Evaluación: 10 de agosto del 2016

© Universidad Católica de Colombia

© Jaime Cubides Cárdenas (Ed.)

Luz Eliyer Cárdenas Contreras

Hugo Carrasco Soulé

Carlos Eduardo Castro Buitrago

Nathalia María Chacón Triana

Alfonso Jaime Martínez Lazcano

Julián Enrique Pinilla Malagón

Daiana Ivonne Reyes García

Mayra Nathalia Sánchez Baquero

Paola Alexandra Sierra Zamora

Facultad de Derecho

Carrera 13 N° 47-49

Bogotá, D. C.

derecho@ucatolica.edu.co

Editorial

Universidad Católica de Colombia

Av. Caracas 46-72 piso 5

Bogotá, D. C.

editorial@ucatolica.edu.co

www.ucatolica.edu.co

Primera edición, Bogotá, D. C.

Diciembre del 2016

Dirección Editorial

Stella Valbuena García

Coordinación Editorial

María Paula Godoy Casasbuenas

Corrección de estilo, armada y publicación electrónica

Hipertexto Ltda.

www.hipertexto.com.co

Impreso por:

Xpress Estudio Gráfico y Digital S.A

Todos los derechos reservados. Esta publicación no puede ser reproducida ni total ni parcialmente o transmitida por un sistema de recuperación de información, en ninguna forma ni por ningún medio, sin el permiso previo del editor.

Hecho el DEPÓSITO LEGAL

© Derechos Reservados

CONTENIDO

Presentación	7
Prólogo	9
Introducción	13
Capítulo 1. La génesis del control de convencionalidad: el ejercicio del Control de Convencionalidad Difuso (CCVD) por parte del Consejo de Estado colombiano 2006-2014.	15
La génesis histórica del Control de Convencionalidad y su relación con el Consejo de Estado Francés.....	21
El Control de Convencionalidad (CCV): fundamentación e implementación desde el Sistema Interamericano de Derechos Humanos.....	26
Efectos del CCVD en los ordenamientos jurídicos internos, unas nuevas obligaciones.	27
Ejercicio del Control de Convencionalidad Difuso en el Consejo de Estado de Colombia 2006-2014.....	29
Inclusión y desarrollo del concepto del Control de Convencionalidad por parte del Consejo de Estado Colombiano, en las acciones de reparación directa.	31
Utilización del concepto “control de convencionalidad” y posterior desarrollo dentro de la jurisprudencia de la Corte IDH.....	40
Conclusiones.	47
Capítulo 2. El Control de Convencionalidad: aspectos generales en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos y en el derecho colombiano	51
Elementos definitorios del Control de Convencionalidad (CCV).....	55

Sistema Interamericano de Derechos Humanos	55
Caso colombiano	59
Antecedentes del Control de Convencionalidad (CCV)	60
Control de Convencionalidad: tipología	63
Control Concentrado de Convencionalidad.....	64
Control de Convencionalidad Difuso	65
Diferencias con el Control de Constitucionalidad	66
Derecho procesal convencional de los Derechos Humanos.....	68
Aplicación del Control de Convencionalidad (CCV): implementación del CCV en las diferentes disciplinas del derecho	69
El Control de Convencionalidad en el procedimiento administrativo.....	69
Implementación del Control de Convencionalidad en el procedimiento penal.	72
Principios y Control de Convencionalidad de las normas penales	73
El principio de proporcionalidad	74
El control de las medidas cautelares.....	77
Implementación del Control de Convencionalidad en el Derecho Internacional	
Público: el <i>ius constitutionale commune</i> en América Latina	80
Conclusiones	83

Capítulo 3. Límites de la jurisdicción militar determinada en los casos mexicanos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos que crea directrices para los Estados parte del Sistema Interamericano de Derechos Humanos.....	89
Estándares internos de protección (México y Colombia)	92
Supremacía constitucional.....	93
Derecho procesal constitucional.....	93
Marco constitucional en materia castrenses.....	94
Jurisdicción penal militar.....	98
Ámbito internacional.....	100
Sistemas regionales de protección de Derechos Humanos.....	100
Límites regionales a la jurisdicción penal militar.....	102
Control difuso de convencionalidad.....	109
Aplicación del Control de Convencionalidad Difuso.....	110
Reforma al Código de Justicia Militar	113
Declaración de cumplimiento	113
Conclusiones	115

Capítulo 4. La judicialización del derecho al agua: una visión de los estándares nacionales e internacionales y el Control de Convencionalidad	117
La judicialización del derecho al agua en Colombia	120
Dimensión individual del derecho al agua	123
Derecho al agua de sujetos especiales	130
Dimensión colectiva del derecho al agua	132
La judicialización del derecho al agua en Argentina, España e India	138
Argentina	138
La judicialización del derecho al agua en España	139
La judicialización del derecho al agua en India	140
El papel del control de convencionalidad en la judicialización del derecho al agua en el marco internacional de los derechos humanos	140
Corte Interamericana de Derechos Humanos – Corte IDH	141
Comisión Africana de Derechos Humanos	144
Conclusiones	145
 Capítulo V. La implementación de parámetros convencionales en la justicia constitucional colombiana	147
El Control de Convencionalidad vs. el Control Constitucional	150
Efectos de las sentencias declaratorias de “inconstitucionalidad” e “inconventionalidad”	152
El alcance del Control de Convencionalidad, justificación de su uso en el principio <i>pro homine</i> o <i>pro persona</i>	153
Los parámetros convencionales y su desarrollo en Colombia, pronunciamientos constitucionales sobre el Control de Convencionalidad	155
Colombia ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos	159
Conclusiones	163
 Bibliografía	167

PRESENTACIÓN

Este libro, titulado “El Control de Convencionalidad (CCV): fundamentación e implementación desde el Sistema Interamericano de Derechos Humanos”, contiene resultados del proyecto de investigación: “La convencionalización del derecho: el caso del ordenamiento jurídico colombiano desde la justicia multinivel y el posconflicto”, el cual hace parte de la línea de investigación: “Fundamentos e implementación de los Derechos Humanos” del Grupo de Investigación: “Persona, Instituciones y Exigencias de Justicia”, reconocido y categorizado en categoría (B) por Colciencias, que tiene el registro con el código COL0120899, está vinculado al Centro de Investigaciones Socio Jurídicas (CISJUC) y adscrito y financiado por la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Colombia, además de la colaboración del semillero de investigación “Observatorio de Justicia Constitucional de Derechos Humanos” de la misma casa de estudios; este trabajo tiene participación de investigadores externos internacionales de la Universidad Autónoma de Chiapas (Unach) y de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM).

Además de lo anterior, este libro, en su capítulo tercero, presenta resultados de forma conjunta con el proyecto: “Justicia Multinivel y aplicabilidad del control de convencionalidad en la tutela judicial efectiva de los Derechos Humanos dentro de la Fuerza Pública colombiana”, el cual hace parte de la línea de investigación: “Relaciones internacionales, seguridad y defensa” del Grupo de Investigación: “Estudios Internacionales”, vinculado a la Facultad de Relaciones Internacionales, adscrito y financiado por la Escuela Militar de Cadetes “Gral. José María Córdova”.

PRÓLOGO

*Un espíritu recorre toda América, es el espíritu
de los derechos humanos*

Dr. Alfonso Jaime Martínez Lazcano

Lo único que no cambia es que todo cambia, sin embargo, en el mundo del derecho, las pausas son menos expeditas que el contexto, además nos habíamos mantenido por mucho tiempo en el mismo sitio*, caminando en círculos, ahora el rumbo es otro y romper el cerco no es fácil, en los albores del siglo XXI estamos inmersos en una revolución jurídica de transición entre las viejas formas arraigadas de administrar la justicia, creadas y organizadas desde la academia frente a las novedosas y necesarias construcciones del derecho mejor provistas de contenido.

Son los derechos humanos el motor de la mudanza, la esperanza de mejores estadios para que los hombres vivamos con algo más parecido a lo que decimos que es la justicia, la dignidad y el desarrollo humano.

* A los abogados latinoamericanos se nos ha preparado desde muchas generaciones, de hecho se sigue haciendo, que ley y derecho son sinónimos, inclusive se conoce como "escuelas de leyes" donde se imparte la carrera de licenciado en derecho. Que el derecho es un conjunto de normas jurídicas (hipótesis normativas), y que en estas se encuentra todo lo necesario para resolver la gama de conflictos que se pueden presentar en la sociedad, lo cual no es cierto.

El dique es grande, se cimenta esencialmente en la vieja idea de soberanía, porque los vientos de la transformación vienen del exterior y chocan con los endémicos gobiernos semidemocráticos y con sus dogmas implantados a conveniencia.

La idea de la soberanía va perdiendo paulatinamente la fortaleza de antaño. El fenómeno de la globalización implica llamar al mundo “aldea global”, una en la que las naciones están supeditadas recíprocamente, sin dejar pasar por alto la hegemonía de las grandes potencias o de los países desarrollados frente a los que no lo son.

La ampliación del catálogo de derechos humanos vía convencional no merma para nada la soberanía, sino por el contrario, los derechos subjetivos que nacen de los tratados internacionales son para todas las personas que se encuentran dentro de la jurisdicción de los Estados parte.

La soberanía reside originalmente en el pueblo, quien la ejerce a través de sus representantes, por lo que sí es al pueblo a quien se le reconocen mayores derechos en la relación con sus representantes (Estado) y la consecuencia de ello es el fortalecimiento de la soberanía.

Así, Ferrajoli explica:

Estos derechos, por consiguiente, no son solamente límites a la democracia política. Son, además, la sustancia democrática, puesto que se refieren al pueblo en un sentido más concreto y vinculante que la propia representación política, es decir, a todos y cada uno de sus miembros en carne y hueso. Por eso, estos derechos son, para cada persona, fragmentos de la soberanía de todo el pueblo. Por eso, cualquier violación de estos derechos no es sólo una lesión a las personas titulares de los mismos, sino una violación de la propia soberanía popular (Ferrajoli, sf, p. 7).

Antes sólo observábamos nuestras estructuras jurídicas desde el derecho comparado, hoy debemos hablar de un derecho común y de un derecho universal, y a pesar de no dejar de reconocer que tenemos diversas modalidades de asimilar el cambio, hoy nuestros países tienen la misma fuente materialmente “parlamentaria”, el derecho convencional americano, lo que llaman *corpus iuris latinoamericano*.

El Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH) es una construcción jurídica regional de promoción y protección de los derechos del hombre, basado en diversos pactos internacionales entre los Estados que lo conforman y dos instituciones supranacionales que tienen la finalidad de supervisar y reparar las violaciones a los derechos sustantivos del SIDH: la Comisión Interamericana Derechos Humanos (CIDH) y la Corte Interamericana Derechos Humanos (Corte

IDH); sin embargo, no es suficiente con modificar las normas jurídicas, sino la praxis de los operadores jurídicos, así el control difuso de convencionalidad fortalece la autonomía judicial frente a los embates de los gobernantes con criterios fuera de su alcance y desprovistos de posiciones facciosas.

El SIDH no es perfecto, pero cuenta con herramientas superiores que nuestros países han creado internamente, una de estas es el Control de Convencionalidad Difuso que implica que todos los jueces, sin distinción, están constreñidos a jerarquizar la Convención Americana de Derechos Humanos ante cualquier acto interno contrario a esta, así, hay una metamorfosis, porque hemos pasado de ser sujetos de derecho nacional a internacional, y de ser jueces locales a ser universales.

Para que esta lucha por la eficacia plena de los derechos humanos sea real debe darse en la vida interna de los Estados, puesto que el despacho ante el SIDH recorre un largo camino que rebasa el plazo razonable, y son nuestros jueces quienes deben ser los verdaderos garantes y protagonistas anónimos por la vigencia de la dignidad y desarrollo humano de nuestros pueblos.

Lo curioso es que sin darnos cuenta reproducíamos los intereses de los timadores de la sociedad y dábamos por hecho que sólo con tener el estatus de norma jurídica, en el sentido formal, estos eran buenos e ideales en su contenido, *Dura lex sed lex, nada por encima de la ley*.

Claro, en nuestros países de América Latina, tierra de caudillos que se transforman en dictadores, la ley cumple todavía o pretende limitar el poder de nuestros gobiernos oligárquicos con piel de demócratas. Al no llegar todavía a una plena división de poderes, a la vigencia de la democracia aparejada de la eficacia que provoque el desarrollo humano.

Como dice el exjuez de la Corte IDH, Sergio García Ramírez

Todos los caminos llevan, con naturalidad, al tema de los derechos humanos, o mejor dicho a la experiencia de los derechos. Basta con transitar por nuestro mundo para acumular lecciones sobre lo que son aquéllos y lo que cuesta y significa recibirlos y ejercerlos, o al revés: ni recibirlos ni ejercerlos (García, 2011, p.23).

Lo cierto es que la fuente convencional ha venido a dar oxígeno a un sistema judicial cuestionado duramente por la sociedad debido a su ineficacia.

Alfonso Jaime Martínez Lazcano
Presidente del Colegio de Abogados Procesalistas Latinoamericanos
Tuxtla Gutiérrez, Chiapas
México, junio, 2016

INTRODUCCIÓN

El Control de Convencionalidad es un instrumento principalmente reconocido por hacer parte del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, el cual requiere un estudio general y objetivo para concretar su evolución en el Sistema, su importancia y principales características; sin embargo, es necesario un análisis no solamente a nivel general, sino a nivel interno, es decir, relacionado con un país en específico. Por este motivo, en el presente libro, se evalúan y analizan diferentes situaciones y escenarios en los cuales el Control de Convencionalidad conlleva un papel importante, con el propósito de mejorar los problemas que se presentan en dichas situaciones.

Antes de empezar a analizar la aplicación de dicho instrumento en un determinado país, es necesario esclarecer su origen, fundamentos y antecedentes, evidenciando todos estos en condiciones diferentes a las del Sistema, ya que, dichas características se encuentran contextualizadas en un ámbito francés. Esto demuestra, que a pesar de que el Control de Convencionalidad fue creado y utilizado en un escenario diferente, es posible adherirlo en un conjunto de órganos internacionales como lo es el Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

Asimismo, el Control de Convencionalidad no es único, es decir, se divide en dos clases: el Control de Convencionalidad Difuso y el Control de Convencionalidad Concentrado; los cuales se diferencian por su aplicación y características, esto, conlleva un fraccionamiento en cuanto las condiciones que se deben presentar para

aplicar determinada clase de Control de Convencionalidad, con el propósito de una aplicación plena y eficaz.

Desde otro punto de vista, existe un control distinto que tiene gran importancia tanto nacional como internacionalmente: el Control de Constitucionalidad. Es necesario delimitar concreta y estrictamente el Control de Convencionalidad y el Control de Constitucionalidad, ya que, son completamente diferentes, en cuanto se aplican en diferentes situaciones, tienen diferentes características y tienen propósitos diferentes. Esta delimitación, es incluida en el presente libro, con el fin de evitar confusión y por el contrario, tener una clara diferenciación de ambos.

En el tema de la aplicación del Control de Convencionalidad en países en concreto, en el presente libro, se evalúa y analiza el papel del Control de Convencionalidad en países como México y Colombia, específicamente en las situaciones de jurisdicción militar y Consejo de Estado, respectivamente. Además de esto, se evidencia la importancia de la judicialización del derecho al agua en países como Argentina, España e India.

Aunque, el Control de Convencionalidad en el presente libro no se analiza únicamente en el ámbito de un país en concreto, ya que, se proponen situaciones adicionales, tales como: el rol del Control de Convencionalidad en rama administrativa y rama penal; su intervención en el Derecho Internacional Público; su papel en el Derecho Procesal relacionado con Derechos Humanos; y su inclusión en la Justicia constitucional.

El propósito del presente libro en su conjunto, es tener una clara visión de lo que se concibe como Control de Convencionalidad, involucrándolo y explicándolo en diferentes ámbitos para ampliar la básica concepción que se tiene del mismo actualmente. Esto, con el fin de aportar un análisis crítico y objetivo del Control de Convencionalidad acerca de si es o no un instrumento completamente eficaz, en distintas situaciones, tanto nacional como internacionalmente.

LA GÉNESIS DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD: EL EJERCICIO DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD DIFUSO (CCVD) POR PARTE DEL CONSEJO DE ESTADO COLOMBIANO 2006-2014*

Carlos Eduardo Castro Buitrago
Jaime Cubides Cárdenas
Alfonso Jaime Martínez Lazcano

Resumen

El presente capítulo desarrolla la doctrina del Control de Convencionalidad (en lo posterior CCV), explicado como el ejercicio de confrontación normativa entre una norma convencional internacional y cualquier norma interna, incluida la Constitución de los Estados que forman parte del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (en adelante SIDH). Para lo anterior, se sigue una metodología correlacional de tipo cualitativo, con un enfoque analítico y crítico,

.....
* Este capítulo del libro contiene resultados del proyecto de investigación: "La convencionalización del derecho: el caso del ordenamiento jurídico colombiano desde la justicia multinivel y el posconflicto", el cual hace parte de la línea de investigación: "Fundamentos e implementación de los Derechos Humanos", del Grupo de Investigación: "Persona, Instituciones y Exigencias de Justicia", reconocido y categorizado en (B) por Colciencias, registrado con el código COL0120899, vinculado al Centro de Investigaciones Socio jurídicas (Cisjuc) y adscrito y financiado por la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Colombia.

desarrollada en tres ejes temáticos. El primero, ilustra el origen francés del CCV; el segundo analiza el CCV a partir de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en lo sucesivo Corte IDH), sus dos modalidades y alcances; en el tercero, se ocupa sólo de la modalidad difusa que ha venido practicando el Consejo de Estado Colombiano, específicamente la Sección Tercera, dentro de las acciones de reparación directa. Se concluye, a partir de lo anterior, que el CCV tiene su origen en el Consejo de Estado Francés, que su desarrollo ha sido expansivo, consolidándose en cuatro momentos y que dentro de los Estados parte, el juez natural que debe aplicar su modalidad difusa, es el juez contencioso administrativo.

Palabras clave: Control de Convencionalidad (CCV), génesis, difuso, jurisprudencia, Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), Consejo de Estado y Colombia.

Abstract

This article develops the theory of conventionality control (CCV), explained as the exercise of regulatory confrontation between an international treaty rule and any internal regulations, including the constitution of States Parties to the Inter-American Human Rights. For this, a correlational qualitative methodology is followed by a critical analytical approach developed in three themes; the first illustrates the French origin of the CCV, the second analyzes the CCV from the judgments of the Court, and their two modalities and scope; for the third, deal only with the diffuse form that has been practiced the Colombian State Council, specifically the Third Section, in direct repair actions. It is concluded from the above that the CCV has its origin in the French Council of State, its development has been expanding consolidated in four stages and in the States Parties, the natural judge must apply its diffuse form, it is the administrative law judge.

Keywords: Conventionality Control (CCV), origin, Diffuse, jurisprudence, Inter-American Court of Human Rights (IHR Court), the State Council and Colombia.

Introducción

El fenómeno de la internacionalización de los Derechos Humanos (Gómez, 2004)¹, trae consigo, para el continente americano, el establecimiento de una Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, CIDH) que consagró, como función principal, la de promover la observancia y la defensa de los derechos humanos (Gordillo, 2007), y la de servir como órgano consultivo de la Organización de Estados Americanos (en adelante, OEA) en esta materia, según se expresa en la Carta de la OEA, en su Capítulo XV, artículo 106, suscrita en Bogotá el 30 de abril de 1948 en la Novena Conferencia Internacional Americana, cabe señalar que esta ha sido el paso inicial para el desarrollo progresivo del SIDH (Salvioli, 2001, p. 682).

Además, se mencionaba en ese mismo artículo de la Carta de la OEA, que se creará una Convención Interamericana sobre Derechos Humanos (en adelante CADH) que determinará la estructura, la competencia y el procedimiento de dicha Comisión, así como la de los otros órganos encargados de esa materia. En razón de lo anterior, nace el Pacto de San José de Costa Rica o CADH² de 1969, el cual establece una verdadera carta de derechos para todos los Estados americanos, en la inteligencia de que este tratado es el referente por antonomasia en tanto instrumento interamericano que consagra derechos humanos y sendas garantías judiciales y cuasi judiciales para su promoción, protección y defensa (Fajardo, 2009, p. 79).

Los órganos competentes para conocer de los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados parte en la CADH son: a) la CIDH y b) la Corte IDH.

Dentro de sus sentencias, la Corte IDH en su papel de tribunal suprarregional ha desarrollado verdaderas reglas interpretativas sobre la CADH (Nogueira, 2013), convirtiéndola en estándares internacionales mínimos de protección de Derechos Humanos (Galán, 2013). No obstante lo anterior, los Estados parte han presentado dificultades para implementar y ejecutar en totalidad las sentencias transnacionales

.....
1 Al respecto, este autor señala: "Este proceso de internacionalización no ha sido en absoluto un proceso sencillo sino que ha estado, y sigue estando, plagado de obstáculos y dificultades, lo que hace que el logro de una verdadera cultura universal de los derechos humanos sea todavía más un deseo que una auténtica realidad" (Gómez, 2004, p. 24).

2 Es de mencionar que la CADH: "es el resultado de un camino largo y accidentado pero muy fructífero, en el cual, una aspiración común por parte de la mayoría de las naciones integrantes del Continente, permitió paulatinamente la consumación de un objetivo noble y esperanzador: el fortalecimiento de la defensa de los derechos humanos en el territorio americano" (Ferrer y Pelayo, 2014, p. 31).

(Ayala, 2007)³, es por esto que nace un mecanismo para coadyuvar a que los Estados cumplan con sus obligaciones internacionales⁴. Dicha institución se le denominó Control de Convencionalidad (en adelante, CCV).

El CCV es un mecanismo de origen internacional que ha influido desde una dimensión externa supranacional en los ordenamientos jurídicos internos que hacen parte del SIDH, imponiendo nuevas obligaciones a los Estados parte para el cumplimiento efectivo de los derechos de las personas⁵. Este mecanismo de genealogía internacional consiste en la confrontación normativa que se hace de la norma convencional con la norma interna, para establecer si la norma interna es adecuada frente a la norma convencional o si la norma interna cuenta con una mejor garantía que el estándar fijado en la convencional.

La norma convencional está compuesta en primera medida por la CADH, seguida, por los tratados de Derechos Humanos que sean conexos a la CADH⁶ y por último, las sentencias de la Corte IDH que constituyen la interpretación auténtica

3 "La ejecución de la sentencia ha sido llamada "la hora de la verdad de la sentencia", para determinar su verdadero valor y efectos. En el ámbito de las altas cortes constitucionales se ha venido despertando un verdadero interés por darle efectividad a la jurisdicción internacional de los derechos humanos. (...) En conclusión, la ejecución de las sentencias emanadas de la Corte Interamericana se fundamenta en el ejercicio de los derechos humanos y en las potestades y competencias propias de dicha jurisdicción, reconocidas por los Estados en la Convención Americana. Su acatamiento por parte de los Estados forma parte de las reglas básicas del derecho internacional en todo Estado de Derecho y son un requisito esencial para la garantía efectiva de la protección de la persona humana" (Ayala, 2007, p. 133).

4 "Sin embargo, en un plano general de discusión, ello no nos impide advertir la conveniencia de que se profundice un diálogo jurisprudencial entre la Corte IDH y los respectivos órganos de cierre de la jurisdicción constitucional de los Estados que conforman el sistema interamericano, a los fines de que aquella tenga presente las observaciones o discordancias que estos formulen a los criterios jurisprudenciales trazados por el Tribunal Interamericano para coadyuvar al mejoramiento de su labor jurisdiccional. Naturalmente, todo ello en aras de optimizar el modelo tuitivo de los derechos fundamentales sobre la base de un adecuado funcionamiento de las piezas que lo componen, precisamente para hacer más efectiva y eficiente la protección de aquellos en nuestro espacio regional" (Bazán, 2012, p. 47).

5 "En otro sentido, podemos mencionar en contraposición: dicho lo anterior, resulta importante aclarar desde un inicio que estamos en una figura que la Corte IDH ha tenido que desarrollar no porque esté aportando una nueva obligación a las ya existentes sino que surge del déficit que es posible constatar en los múltiples casos que llegan al sistema de protección de derechos humanos. Esto es especialmente evidente que en los casos que llegan ante la Corte IDH donde el problema se produce porque las autoridades locales, principalmente del poder judicial, no aplican las obligaciones contraídas por el Estado e incorporadas a la legislación nacional. Es decir, estamos ante una figura que viene a clarificar una obligación ya existente y la dota de contenido y especificidad" (Nash, 2013, p. 491).

6 Los tratados son: 1) el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador); 2) el Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos relativo a la Abolición de la Pena de Muerte; 3) la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura; 4) la Convención Interamericana sobre la Desaparición Forzada de Personas; 5) la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará); 6) la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad; 7) la Convención Interamericana contra el Racismo, la Discriminación Racial y Formas Conexas de Intolerancia; 8) la Convención Interamericana contra Toda Forma de Discriminación e Intolerancia, y 9) la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores.

de la CADH. Desde la construcción doctrinal⁷ y jurisprudencial⁸ a lo anterior se le ha denominado en un primer momento en los fallos internacionales⁹ como *Corpus Iuris* internacional¹⁰, en las cuales se excluían las propias sentencias. Después se desarrolló el concepto del *Corpus Iuris* Interamericano (CII)¹¹ aplicable dentro del SIDH. Para la propia Corte IDH sus decisiones expresadas en las sentencias o en las opiniones consultivas pasan a integrar el CII y debe ser aplicada por los órganos de los Estados en toda oportunidad en que se encuentren en riesgo o hayan sido violados los Derechos Humanos (Loianno, 2014, p. 170).

Las normas internas que pueden ser confrontadas con la normatividad convencional comprenden a la normatividad interna, esto es, puede tratarse de cualquier tipo de ley, decreto o acto administrativo expedido por el Estado, incluyendo la Constitución, que sigue siendo una norma interna, así tenga la categoría de norma suprema o *norma normarum*. Según el profesor Rey-Cantor (2008), se trata de un examen de confrontación normativa del derecho interno (“leyes internas”, constituciones, proyectos de reforma constitucional, actos administrativos, etc.) con la CADH, siendo competente la Corte IDH o el juez interno (Rey- Cantor, 2008, p. LII). Anota Ayala, (2013) que el objeto de este control son todos los actos y conductas del Estado, incluidas sus políticas públicas. De allí que todo el ordenamiento

7 Cfr. En otros autores: (Franco, 2015), (Miranda- Bonilla, 2015), (Nogueira-Alcalá, 2015), (Bustillo, 2014), (Burgorgue-Larsen, 2014), (Galdámez, 2014), (Henríquez-Viñas, 2014), (Nogueira-Alcalá, 2013), (Bustamante & Vásquez, 2011), (Ferrer, 2011) y (Fajardo, 2009).

8 Véase las siguientes sentencias: Corte IDH. Caso Goiburú y otros vs. Paraguay (2006), Corte IDH. Caso Anzualdo Castro vs. Perú (2009), Corte IDH. Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil (2010) y Corte IDH. Caso Gelman vs. Uruguay (2011).

9 Para ampliar ver: Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú (2004), Corte IDH. Caso Goiburú y otros vs. Paraguay (2006), Corte IDH. Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala (1999), Corte IDH. Caso Masacre de las Dos Erres vs. Guatemala (2009), Corte IDH. Caso Forneron e hija vs. Argentina (2012), Corte IDH. Caso Masacre de Santo Domingo vs. Colombia (2012).

10 “La Corte IDH elaboró el concepto de “Corpus Iuris Internacional” en un primer momento en la Opinión Consultiva-16/99: 115. El *corpus juris* del Derecho Internacional de los Derechos Humanos está formado por un conjunto de instrumentos internacionales de contenido y efectos jurídicos variados (tratados, convenios, resoluciones y declaraciones). Su evolución dinámica ha ejercido un impacto positivo en el Derecho Internacional, en el sentido de afirmar y desarrollar la aptitud de este último para regular las relaciones entre los Estados y los seres humanos bajo sus respectivas jurisdicciones. Por lo tanto, esta Corte debe adoptar un criterio adecuado para considerar la cuestión sujeta a examen en el marco de la evolución de los derechos fundamentales de la persona humana en el derecho internacional contemporáneo (Corte IDH, Opinión Consultiva-16, 1999). En esa oportunidad se refirió exclusivamente a los “instrumentos” internacionales (tratados, convenios, resoluciones y declaraciones), pero fue evolucionando más tarde hacia la incorporación de la jurisprudencia que emana de los tribunales internacionales” (Loianno, 2014, p. 179).

11 Se puede consultar otra acepción como la utilizada por Martínez (2014): *Corpus Iuris Latinoamericano*, señalando que es el conjunto de reglas, principios y directrices jurídicas que sustentan el SIDH (Martínez, 2014a, p. 378).

jurídico del Estado, comenzando por la propia Constitución, y siguiendo con las leyes, actos administrativos y demás actos, estén sujetos al examen de compatibilidad con la CADH y demás normas convencionales (Ayala, 2013, p. 158).

El CCV tiene dos modalidades: concentrado y difuso. El primero es ejercido “*prima facie*” por la Corte IDH, por ser el órgano jurisdiccional del SIDH; el que desarrolla la confrontación normativa para establecer si una norma interna es incompatible con la norma convencional y por tal motivo el Estado responde internacionalmente por la violación de Derechos Humanos. Este mecanismo se materializa dentro de una sentencia y en particular, dentro de alguno de sus puntos resolutivos cuando se ordena al Estado incluir, adecuar o derogar alguna norma de su ordenamiento jurídico. Esta modalidad del CCV es de naturaleza reparativa, algunas veces entendida como una garantía de no repetición¹² por los efectos que produce.

En el presente estudio nos enfocaremos en el segundo modo del CCV, es decir, en su tipo difuso. El CCV difuso (CCVD) consiste igualmente en una confrontación normativa, lo que varía es que se realiza a nivel nacional. No obstante, la creación y el desarrollo jurisprudencial que ha tenido el CCVD por parte de la Corte IDH en sus sentencias todavía no es totalmente claro sobre la posición estatal colombiana en relación con las obligaciones, que de este mecanismo se deben articular, implementar e incorporar; sin embargo, cabe precisar que el Consejo de Estado Colombiano, en diferentes ocasiones, ha argumentado sus sentencias con base en este mecanismo, emitiendo pronunciamientos adecuados, fundamentados y argumentados en parámetros convencionales.

Problema de investigación

En consecuencia de todo lo anterior, se formulan dos interrogantes que se pretenden resolver: (1) ¿Cuál es el origen del CCV y su desarrollo dentro de las sentencias de la Corte IDH? y (2) ¿Cómo ha sido el ejercicio del CCVD por parte del Consejo de Estado Colombiano dentro de su jurisprudencia, específicamente la emitida por su Sección Tercera en la acción de reparación directa en el período comprendido entre los años del 2006 al 2014?

12 Consultar sobre este tema en: Londoño, M. (2015). *Las garantías de no repetición en la jurisprudencia interamericana: Derecho Internacional y cambios estructurales del Estado*. México: Editorial Tirant lo Blanch.

Metodología

La metodología que se desarrollará será un estudio correlacional de tipo cualitativo con un enfoque analítico crítico. Para lo anterior, se divide en fases la investigación con el fin lograr una adecuada sistematicidad de los resultados en relación con los objetivos específicos propuestos. Para el primer objetivo, se realiza desde un enfoque histórico, para encontrar el nacimiento del objeto de estudio, haciendo una revisión bibliográfica que expondrá un marco teórico doctrinal y un estado del arte del CCV. Para el segundo objetivo, se identificarán las sentencias de la Corte IDH que tengan relación con el CCV, tanto como categoría de análisis, como por sus resultados en concreto; a partir de aquellas se buscará encontrar unas reglas para la aplicación dentro del ordenamiento jurídico interno de los Estados parte del SIDH, en particular con su modo difuso. Por último, se construirá mediante un análisis jurisprudencial la explicación del ejercicio de esta figura dentro de las sentencias del Consejo de Estado, particularmente las de la Sección Tercera en el período comprendido entre el año 2006 y el 2014, en las acciones de reparación directa.

Resultados

La génesis histórica del Control de Convencionalidad y su relación con el Consejo de Estado Francés

El CCV tiene su origen en el ordenamiento jurídico de Francia, en particular en la posición desarrollada por el Consejo de Estado Francés. Su génesis histórica es por tanto de carácter pretoriano, realizado por el juez administrativo del país galo. En 1989¹³, el máximo órgano de la jurisdicción contenciosa administrativa realiza

13 "De este modo, la sentencia Nicolo del 20 de octubre de 1989 representa un cambio de jurisprudencia por el Consejo de Estado desde la sentencia *Semoules* de 1968. Pero al mismo tiempo, esta decisión marca el punto y final del "aislamiento" del Consejo de Estado, que en 1989 era la única instancia judicial francesa que todavía se negaba sistemáticamente a controlar el Derecho nacional posterior respecto a un Tratado internacional. No obstante, antes del cambio jurisprudencial que supuso Nicolo, el Consejo de Estado ya había comenzado a suavizar los efectos de la teoría de la "*loi écran*" en materia de Derecho Internacional (y más concretamente de Derecho Comunitario). Este cambio se materializó fundamentalmente en las sentencias *Société internationale Sales and import corporation*, de 13 de diciembre de 1985 y *Smanor*, del 19 de noviembre de 1986. Sin duda, el Consejo Constitucional con su decisión *Élection du député de 5ème circonscription du Val d'Oise*, del 25 de octubre de 1988. En este asunto, el Consejo Constitucional se declaró competente, en cuanto juez electoral, para entrar a dirimir si determinadas disposiciones de una ley electoral eran contrarias al CEDH. El Consejo Constitucional afirmó claramente, en esta decisión, que los jueces ordinarios tienen competencia para controlar la conformidad de las leyes anteriores o posteriores con los Tratados internacionales" (Ortiz, 2003, pp. 61-62).

por primera vez el examen de confrontación normativa entre normas de derecho comunitario y de derecho interno¹⁴, lo que después se denominaría como CCV.

Para explicar el CCV dentro de la jurisprudencia francesa, es necesario explicar las tres posturas sentadas en las sentencias hito de las tres altas cortes del sistema francés¹⁵. Siguiendo a Pinon (2010) en un *leading case* dictado el 15 de enero de 1975 (IVG)¹⁶, el Consejo Constitucional se negó a integrar el derecho internacional en el “bloque de constitucionalidad”, considerando que su competencia se limitaba a la estricta confrontación de las leyes con las dis-

14 Cfr. Aguilar, G. (2013). El control de convencionalidad: análisis en derecho comparado. *Revista Direito GV*, 9 (2), 721-754; Eto, G. (2014). La inconvencionalidad por omisión: una aproximación conceptual. En J. L. Cáceres (Coord.). *Ponencias del V Congreso Nacional de Derecho Procesal Constitucional* (pp. 129-151). Perú: Adrus D & L Editores; Pinon, S. (2010). El sistema constitucional en Francia. *Revista de derecho constitucional europeo*, (14), 17-74; Díez, L. (2008). Las transformaciones de la Constitución francesa de 1958. *Cuadernos de derecho público*, (34-35), 21-33; Négrier, E. (1990). Le crépuscule d'une théorie jurisprudentielle: l'écran législatif et les droits communautaire et constitutionnel, *Revue Du Droit Public*, 3, 767-799 y Touchard, J. F. (1990). À propos de l'arrêt Nicolo, *Revue Du Droit Public*, 3, 801-811.

15 Al respecto se puede mencionar: “Así, en 1975, el Consejo Constitucional (el equivalente de lo que en español se entiende por tribunal constitucional) declinó efectuar un control de convencionalidad de la ley en el caso de l'Interruption Volontaire de la Grossesse (IVG — 15 de enero de 1975). Posteriormente, la Corte de Casación —la más alta jurisdicción judicial en Francia— el 24 de mayo de 1975, en el caso de la Société des Cafés Jacques Vabre, aceptó efectuar un control de convencionalidad de las normas. Bastantes años después, el Consejo de Estado —la más alta jurisdicción administrativa en Francia— se vio también enfrentado a pronunciarse sobre el control de convencionalidad de las leyes. Esta vez, el Consejo de Estado en el *affaire Nicolo* (1989) aceptó efectuar el mencionado control de convencionalidad de la norma. En efecto, con la lectura de la sentencia Nicolo de 20 de octubre de 1989, el Consejo de Estado afirmó, por primera vez, la superioridad de las convenciones internacionales regularmente incorporadas en el derecho interno sobre todas las leyes posteriores.

16 “Este órgano jurisdiccional, en efecto, el 15 de enero de 1975, expide la Decisión 75-54-DC relativo a una demanda de inconstitucionalidad de una ley que permitía la interrupción voluntaria del embarazo. Este caso aparentemente pasó desapercibido en su momento, dado que los comentarios más fueron en torno a la controversia misma de la Ley que regulaba la interrupción voluntaria del embarazo. Sin embargo, dicha decisión marcaba un hito respecto a la interpretación del artículo 55 de la Constitución francesa de 1958, que precisa: “Los tratados o acuerdos debidamente ratificados o aprobados tendrán, desde el momento de su publicación, una autoridad superior a las leyes, a reserva, para cada acuerdo o tratado, de su aplicación por la otra parte”. Esta cláusula —que, dicho sea de paso, se inspiró en la Constitución española artículo 96—, fue objeto de un desarrollo jurisdiccional que, a la postre, terminó por reconocer un control de convencionalidad en términos implícitos. En el proceso de inconstitucionalidad contra la Ley de interrupción voluntaria del embarazo, se argumentaba contra ella, que era inconstitucional porque contradecía explícitamente el derecho a la vida consagrado en el artículo 2º del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Así, se concluía que, si una ley era contraria a una norma convencional, ergo, era igualmente inconstitucional. Este planteo fue rechazado por el Consejo Constitucional, que negó que la superioridad de los tratados internacionales sobre las leyes dotase a aquellos de rango constitucional: los tratados internacionales no forman parte del bloque de la constitucionalidad. A ello concluye que “[u]na ley que es incompatible con un tratado no es *ipso facto* inconstitucional” (fundamento 9). No obstante, estos planteos jurisdiccionales, el Consejo Constitucional expresó en el Considerando Siete que “no le corresponde al Consejo Constitucional (...) examinar la compatibilidad de una ley con las disposiciones de un tratado o un acuerdo internacional”. Esto significaba, como también ha anotado Luis María Díez, que “la superioridad de los tratados sobre las leyes podría ser hecho valer por los jueces ordinarios: en caso de incompatibilidad entre una norma convencional y una norma legal, ésta debe ser inaplicada para asegurar la primacía de aquella” (Eto, 2014, pp. 133-134).

posiciones del texto constitucional. Tratándose del cumplimiento del artículo 55¹⁷ y de la sanción de no conformidad de las leyes a los tratados o acuerdos internacionales, este Consejo indicó que esta tarea correspondía a los órganos jurisdiccionales ordinarios.

La doctrina del Consejo Constitucional Francés fue asimilada rápidamente por el Tribunal de Casación que asumió por su cuenta la distinción entre el control de constitucionalidad (reservado al Consejo Constitucional) y el control de “convencionalidad” (conferido a los órganos jurisdiccionales ordinarios). En la sentencia “Société Jacques Vabre” del 24 de mayo de 1975 sostuvo la prevalencia del Tratado de Roma sobre la ley interna, ya fuera anterior o posterior (Pinon, 2010, p. 49).

En cambio, el juez administrativo¹⁸ se negará aún durante mucho tiempo —en nombre de la teoría de la “ley pantalla”¹⁹— a garantizar la primacía de un acuerdo internacional sobre las leyes nacionales posteriores. Será necesario esperar casi quince años para que el Consejo de Estado abandone esta posición en la célebre sentencia “Nicolo”, del 20 de octubre de 1989 y se alinee entonces con la jurisprudencia del Tribunal de Casación.

En el caso Nicolo se trató de la demanda de anulación interpuesta por este ciudadano contra las elecciones de los representantes franceses en el Parlamento Europeo. Adujo el demandante que la participación de ciudadanos de los territorios de ultramar como electores y como candidatos constituía un defecto que

17 En la Constitución Francesa de 1958, se dice en el artículo 55. “Los tratados o acuerdos debidamente ratificados o aprobados tendrán, desde el momento de su publicación, una autoridad superior a las leyes, a reserva, para cada acuerdo o tratado, de su aplicación por la otra parte”.

18 Cabe señalar lo que manifiesta Parejo (2005): “Aunque hubiera podido pensarse en principio que, de acuerdo con los sistemas jurídicos internos, la inaplicación de las normas nacionales contrarias al derecho comunitario europeo debería corresponder al Tribunal Constitucional (para las leyes formales) y al juez ordinario, en su caso contencioso administrativo (para las normas reglamentarias), no es esa, sin embargo, la solución que se ha impuesto. Pues el juego del derecho comunitario europeo —de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia— ha inducido un profundo cambio, concretamente el consistente en la ampliación de la competencia de los jueces ordinarios, al afirmarse la facultad y el deber de éstos de inaplicar por sí mismo todas las normas internas, cualquiera que sea su rango, discrepantes del derecho comunitario”.

19 La Ley Pantalla se presenta como una limitación para controlar la conformidad con la Constitución de un acto administrativo —por ejemplo, un decreto del Presidente de la República, del Primer Ministro o de un Ministro— cuando dicho acto se dicta con base en una ley. En tal caso, el juez administrativo o civil controla la conformidad del acto administrativo a la ley, pero no a la norma constitucional. La ley se interpone con una pantalla entre el acto administrativo y la Constitución —de ahí, el nombre de “ley pantalla” o “pantalla legislativa”—, de tal manera que el juez no sanciona dicha inconstitucionalidad que, sin embargo, vicia el acto administrativo que se funda en ella (Cruz, 2011, p. 538).

viciaba el proceso electoral. El Consejo de Estado Francés sostuvo por el contrario que todos los territorios de la República francesa constituyen una circunscripción electoral única a efectos de la elección de los representantes ante el Parlamento Europeo, y que los territorios de ultramar son y hacen parte de la nación francesa. Asimismo, contrastó la ley francesa del 7 de julio de 1977 sobre la elección de los representantes franceses ante la asamblea de la comunidad europea con el artículo 227-1 del Tratado de Roma, según el cual “el presente tratado se aplica (...) a la República francesa”, concluyendo que no existe incompatibilidad alguna entre la ley posterior y el Tratado (Silva, 2006).

En Francia existe una superioridad de los Tratados en relación con el derecho interno, de acuerdo con lo previsto por el artículo 55 de la Constitución de 1958 y confirmado por la sentencia “Nicolo” (Salcedo, 2008, p. 42). El Consejo de Estado se apoyó, como le proponía el Comisario del Gobierno y así lo confirma uno de los considerandos de la sentencia, en el artículo 55 de la Constitución de 1958. Más exactamente, aceptó, lo que antes nunca había hecho, que debía garantizarse al artículo 55 de la Constitución “un efecto útil”, y que el único medio de lograrlo era reconocer que sus disposiciones contienen una habilitación implícita a los jueces para controlar la conformidad de las leyes internas a los tratados internacionales (Galmot, 1990, p. 27)²⁰.

Siguiendo a Díez (2008), la sentencia Nicolo del 20 de octubre de 1989, del Consejo de Estado Francés cambia su orientación y acepta plenamente la superioridad de los tratados internacionales sobre las leyes. Es bien conocido que el CCV realizado por los jueces ordinarios ha tenido una gran importancia para hacer efectivo el principio de primacía del derecho comunitario, pero igualmente importante, aunque menos conocido, es que ha dado lugar a una fiscalización de las leyes con respecto a los tratados internacionales en materia de derechos humanos, incluido muy destacadamente el Convenio Europeo de Derechos Humanos. De aquí ha surgido una especie de control difuso de las leyes que, si bien no es propiamente de constitucionalidad, se aproxima mucho a él en sus efectos prácticos.

20 “Esta fórmula ofrece evidentemente varias ventajas. La Constitución es libre de someter al poder legislativo a un control de ese tipo, y el Juez se limita a cumplir la voluntad del constituyente, aun cuando el resultado de esa voluntad sea que los Tratados quedan mejor protegidos que la propia Constitución frente a su vulneración por el poder legislativo (ya que todos los Jueces franceses podrán controlar en todo momento la conformidad de una Ley con el Tratado, mientras que la conformidad de una Ley con la Constitución sólo podrá ser examinada bajo condiciones mucho más restringidas)” (Galmot, 1990, p. 28).

En otras palabras, el CCV ha supuesto que en Francia coexista un control de constitucionalidad preventivo, con su corolario de la ley pantalla, y un control de convencionalidad sucesivo y difuso, lo que da lugar a un sistema bastante completo de fiscalización de las leyes (Díez, 2008, p. 30).

El CCV, ante la Corte de Casación Francesa, se realiza evidentemente no sólo respecto de la Convención Europea de Derechos Humanos u otros tratados internacionales, sino además respecto a los Tratados de la Unión Europea. Obviamente, en este caso existe el poderoso precedente pretoriano del principio de primacía del derecho de la Unión y del efecto directo. Con todo, desde la perspectiva interna, este sigue siendo un control de convencionalidad (Aguilar, 2013, p. 734)²¹.

De lo anterior, podemos afirmar categóricamente que el CCV nace de las prácticas jurisprudenciales de los tribunales de cierre de Francia. Para entender dicho fenómeno, es necesario mencionar las tres sentencias que en orden de aparición correspondían al Consejo Constitucional de 1975; la proferida por la Corte de Casación del mismo año y la del Consejo de Estado de 1989. Entendemos desde luego, que la providencia más importante es la sentencia en el caso Nicolo del Consejo de Estado, toda vez que esta zanjó la discusión sobre la confrontación normativa de leyes con normas convencionales y facultó a los jueces de inferior jerárquica a realizar CCV, de suerte que pudiesen inaplicar las leyes internas que resultasen incompatibles con una norma convencional.

.....
21 En este texto se lee: el examen de los casos francés e italiano nos ha interesado por dos razones. Por una parte, porque es en Francia donde se ha desarrollado abundantemente la noción de control de convencionalidad, mucho tiempo antes que este concepto fuera adoptado por la Corte IDH. Por otra parte, como se ha visto, la noción de control de convencionalidad ha surgido y ha evolucionado en Francia y, *mutatis mutandis*, en Italia, a partir de las disposiciones de derecho constitucional nacional que consagran la superioridad jerárquica de los tratados internacionales frente a la ley (Aguilar, 2013, p. 735).

El Control de Convencionalidad (CCV): fundamentación e implementación desde el Sistema Interamericano de Derechos Humanos

La figura del CCV es de reciente desarrollo en la dogmática internacional²². Su aparición en el escenario jurídico está estrechamente relacionada con las obligaciones que impone la CADH y el desarrollo progresivo de los estándares para la protección de los Derechos Humanos elaborados por la jurisprudencia de Corte IDH (Nash, 2013, p. 490). El CCV, siguiendo a Hernández (2014), consiste en un juicio de comparación entre el SIDH o bloque de convencionalidad y una norma interna (Constitución, ley, acto administrativo, etc.) de los Estados parte, en orden a establecer su compatibilidad, lo cual se traduce en que estas tengan como fin inmediato o mediato la observancia, la garantía, la efectividad de los derechos y la libertades contenidos en ese *CII* que comprende no solamente la CADH y otros tratados internacionales, sino también las sentencias, opiniones consultivas que dan contenido y desarrollo a los primeros. En el evento en que la norma interna sea incompatible, esta debe salir del ordenamiento jurídico en el que opere (Hernández, 2014, p. 45). El CCV, pese a su larga tradición francesa iniciada formalmente en 1989, es una figura que ha adquirido considerable revuelo en el reciente trabajo del juez regional y los doctrinantes latinoamericanos. Su aparición explícita responde al deseo de armonización de los ordenamientos nacionales con los estándares regionales de protección de los Derechos Humanos (Acosta, 2015, p. 70).

22 En sentido lato, entendemos por dogmática internacional o convencional todos los estudios, investigaciones, reflexiones o disertaciones que buscan comprender, explicar o profundizar las implicaciones de los Derechos Humanos que provienen de estándares internacionales, que para el caso americano, residen en el CADH y son desarrollados por el *CII*. Al respecto Avelar y Proner señalan: "Defendemos uma dogmática convencional emancipatória em contraposição à dogmática das razões da soberania do Estado, um Estado que negligencia o espaço societário internacional, que resistência em reconhecer as possibilidades que advém da principiologia e da supranacionalidade em matéria de direitos humanos" (Avelar y Proner, 2011, p. 45). Castillo (2012) entiende: "Los tratados internacionales sobre derechos humanos, al menos los fundacionales como la CADH, o el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (en adelante CEDH), tienen dos partes claramente diferenciadas. En una primera se recogen las disposiciones convencionales que positivaron los derechos humanos, a esta parte bien se le puede llamar parte dogmática convencional" (Castillo, 2012, p. 240). Y además añade que: "El ámbito dogmático internacional viene conformado por el conjunto de disposiciones internacionales en las que se reconoce los derechos humanos y a la vez se dispone la obligación estatal de respetarlo. Estas disposiciones entran en relación directa con el conjunto de disposiciones constitucionales de un determinado Estado en las que se reconocen los derechos humanos y se dispone su respeto y cumplimiento" (Castillo, 2012, p. 241).

Efectos del CCVD en los ordenamientos jurídicos internos, unas nuevas obligaciones

Los efectos del CCVD en los ordenamientos jurídicos internos han sido de diferente naturaleza de cómo se confronta la norma convencional, la cual entendemos se refiere al *CII*, compuesto, como ya habíamos anotado, por la CADH, los tratados que la desarrollan, amplían o complementan y las sentencias de la Corte IDH frente a las normas internas, incluida la Constitución: ¿Cuáles han sido los efectos de esta confrontación normativa, que llamamos “inconventionalidad” cuando de esa confrontación resulta la incompatibilidad de las normas internas con la normatividad convencional?

La Corte IDH, en el caso *Loayza Tamayo vs. Perú* (1998) ordenó al Estado de Perú que debía tomar las medidas de derecho interno necesarias para que los Decretos-Leyes 25.475 (Delito de Terrorismo) y 25.569 (Delito de Traición a la patria) se conformasen con la CADH. Esta fue la primera sentencia emitida por el Tribunal Interamericano que podemos considerar como consecuencia directa de la confrontación normativa, obligando, como consecuencia, al Estado peruano a que sus normas internas se adecuasen a la CADH. Después de otros pronunciamientos similares del órgano jurisdiccional suprarregional, la Corte IDH emite una sentencia histórica en el caso de “*La última tentación de Cristo*” vs. Chile (2001), en la cual señaló que el Estado chileno debía modificar su ordenamiento jurídico interno, en un plazo razonable, con el fin de suprimir la censura previa para permitir la exhibición de la película “*La última tentación de Cristo*”. Esta jurisprudencia cobra relevancia porque se trataba de que en Chile la censura previa era permitida por la Constitución Chilena de 1980, expedida durante la dictadura de Augusto Pinochet (de 1973 a 1990), por tal motivo, lo que en estricto sentido la Corte IDH ordenó fue una modificación o una reforma al texto constitucional²³. En ese mismo sentido, de enorme trascendencia histórica, la constituyó la sentencia en el caso *Barrios Altos vs. Perú* (2001), en la cual se declaró que las

23 Cfr. Ivanschitz, B (2013). Un estudio sobre el cumplimiento y ejecución de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos por el Estado de Chile”. *Estudios Constitucionales*, 11 (1), 275-332. “Cabe señalar que la Ley de Reforma Constitucional N° 19742, que eliminó la censura previa, reemplazándola por un sistema de calificación cinematográfica fue aprobada en junio de 2011 y publicada el 25 de agosto de ese año. El 9 de enero del 2003 la película fue recalificada por el nuevo Consejo de Calificación como película para mayores de 18 años, permitiéndose de esta forma su exhibición y dándose, de esta forma, cumplimiento íntegramente a la sentencia de la Corte IDH” (Ivanschitz, 2013, p. 292).

leyes de amnistía N° 26479 y N° 26492 eran incompatibles con la CADH, y en consecuencia, carecían de efectos jurídicos²⁴.

En el caso de la Comunidad Mayagna vs. Nicaragua (2001), la Corte IDH decidió que el Estado nicaragüense debía adoptar en su derecho interno todas las medidas que fuesen necesarias para crear un mecanismo efectivo de delimitación, demarcación y titulación de propiedades de las comunidades indígenas. Debe precisarse que la Corte IDH ha ido evolucionando con respecto a las medidas que deben tomarse por el Estado como consecuencia de la confrontación de sus normas internas con la CADH, como en este caso en el que ordena la creación de un mecanismo nuevo. En ese mismo sentido, la Corte se pronunció en el caso Trujillo Oroza vs. Bolivia (2002), en el que ordenó que el Estado boliviano debía tipificar el delito de desaparición forzada de personas en el ordenamiento jurídico interno.

En el caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros vs. Trinidad y Tobago (2002), la Corte IDH le impuso a ese Estado el deber de abstenerse de aplicar la Ley de Delitos contra la persona de 1925. Además de lo anterior, le asignó la necesidad de adecuarla a las normas internacionales de protección de Derechos Humanos. Similar a lo anterior, se encuentra el caso Bulacio vs. Argentina (2003), en el cual

24 Es importante señalar lo que dice Salmon (2006): En este sentido, la amnistía es una receta que tiene que ser aplicada en un determinado contexto y con la presencia de ciertos requisitos, tomando siempre en cuenta que la nueva sociedad tiene exigencias de justicia que deben ser satisfechas. Ciertamente ha de presentarse un elemento de oportunidad —es decir, que las amnistías sean otorgadas en un contexto determinado, ya sea en el marco de una transición después del conflicto armado o como cambio de un régimen dictatorial a uno democrático— y de competencia— la amnistía debe responder a un consenso en su otorgamiento por parte de la sociedad entera, lo cual puede reflejarse a partir del trabajo de una comisión de la verdad o cualquier otro mecanismo transicional. A esto debe agregarse que la promulgación de una ley de amnistía no es en la actualidad una materia de exclusiva de competencia estatal, ya que en su dación deben concurrir además las exigencias del derecho internacional de los derechos humanos y del propio DIH, es decir, amnistías en las que los Estados cumplan con sus obligaciones con respecto a todos los individuos cuyos derechos han sido injustamente violentados y permitan una reconciliación nacional. La región latinoamericana además ha experimentado claramente este límite a partir de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que en el caso Barrios Altos vs. Perú, en que este Estado había emitido leyes de amnistía para involucrados en delitos de lesa humanidad, enfáticamente declaró que (Salmón, 2006, p. 219): 43. “La Corte estima necesario enfatizar que, a la luz de las obligaciones generales consagradas en los artículos 1.1. y 2 de la Convención Americana, los Estados parte tienen el deber de tomar las providencias de toda índole para que nadie sea sustraído de la protección judicial y del ejercicio del derecho a un recurso sencillo y eficaz (...). Es por ello que los Estados parte en la Convención que adopten leyes que tengan este efecto, como lo son las leyes de autoamnistía, incurren en una violación de los artículos 8 y 25 en concordancia con los artículos 1.1 y 2 de la Convención. Las leyes de amnistía conducen a la indefensión de las víctimas y a la perpetuación de la impunidad, por lo que son manifiestamente incompatibles con la letra y el espíritu de la Convención Americana”. 44. Como consecuencia de la manifiesta incompatibilidad entre las leyes de autoamnistía y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, las mencionadas leyes carecen de efectos jurídicos y no pueden seguir representando un obstáculo para la investigación de los hechos que constituyen este caso ni para la identificación y el castigo de los responsables, ni pueden tener igual o similar impacto respecto de otros casos de violación de los derechos consagrados en la Convención Americana acontecidos en el Perú”, lo anterior según la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Barrios Altos (Chumbipuma Aguirre y otros vs. Perú). Sentencia de 14 de marzo del 2001.

se obligó al Estado a que no se repitiesen hechos como los que originaron el caso, adoptando medidas legislativas y de cualquier otra índole que resultasen necesarias para adecuar el ordenamiento jurídico interno a las normas internacionales de Derechos Humanos y darles plena efectividad. En el caso *Caesar vs. Trinidad y Tobago* (2005) al Estado se le ordenó el deber de adoptar, dentro de un plazo razonable, las medidas legislativas o de otra índole necesarias para derogar la Ley de Penas Corporales (para delincuentes mayores de 18 años). De otro lado, en el caso *Fermín Ramírez vs. Guatemala* (2005) se ordenó al Estado guatemalteco abstenerse de aplicar la parte del artículo 132 del Código Penal de Guatemala que se refiere a la peligrosidad del agente, y modificar dicha disposición adecuándola a la CADH. La Corte IDH ha operado con criterios muy creativos para determinar los efectos de las normas que se juzguen incompatibles o inconvencionales en virtud del CCV²⁵. Al respecto puede decirse que las órdenes dictadas por la Corte IDH dan cuenta de la utilización de las siguientes expresiones: (i) adecuar el ordenamiento jurídico interno, (ii) reformar, (iii) abstenerse de aplicar, (iv) crear un mecanismo, (v) derogar una norma, (vi) modificar, (vii) adoptar medidas legislativas, (viii) establecer, (ix) implementar, (x) completar la adecuación de su derecho interno, (xi) adoptar políticas públicas y (xii) tipificar un delito.

Ejercicio del Control de Convencionalidad Difuso en el Consejo de Estado de Colombia, 2006-2014

El CCVD²⁶ ha sido aplicado por el Consejo de Estado Colombiano y por el Tribunal Supremo de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa. Lo anterior se puede constatar con la inclusión dentro de las sentencias del concepto de

25 Es importante traer a colación lo que señala Quinche (2014): "De esta manera, la Corte IDH comenzó a hacer lo que entonces era impensable: -Que los Estados y especialmente los presidentes de los países y los políticos entendieran que la firma y ratificación de los tratados públicos es un asunto serio, que daba lugar al nacimiento de normas y de obligaciones jurídicas plenamente exigibles.-Que los políticos, los jueces y las personas corrientes entendieran también que las normas jurídicas y las obligaciones contenidas en los tratados públicos son derecho pleno, vigente y exigible, como lo es el resto del ordenamiento jurídico. -Que los tratados públicos son normas plenas de derecho internacional, que en el caso específico del derecho internacional de los derechos humanos someten al derecho interno de los distintos Estados parte, en virtud de dos razones: por haberlo aceptado así expresamente los Estados al ratificar las convenciones, y por la materia específica de este derecho, relacionado con normas interpretativas internacionales (Quinche, 2014, p. 94).

26 Al respecto podemos mencionar lo que afirma Martínez (2014): "La idea de control difuso de convencionalidad implica que todos los jueces de los países que pertenecen al Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos sin distinción, están constreñidos de oficio en la solución de casos concretos, a jerarquizar los tratados internacionales (convenciones) y la interpretación de la Corte (IDH) ante cualquier acto contrario a éstos, incluyendo el derecho creado en el ámbito interno, es decir, el derecho interamericano es fuente formal directa del derecho nacional" (Martínez, 2014, p. 79).

CCV, dando alcance, realce y aplicación dentro del ordenamiento jurídico colombiano a este ejercicio de confrontación normativa. Al respecto, podemos anotar que no es una simple coincidencia que el Consejo de Estado Francés inicie con la génesis del CCV y el Consejo de Estado Colombiano, y que siendo su homólogo, lo introduzca formalmente en nuestro Estado. Los dos son tribunales de cierre de la jurisdicción contenciosa administrativa y cuentan con funciones de control constitucional y de determinación de responsabilidad estatal. Además de lo anteriormente expuesto, el CCV en la escena interamericana ha sido desarrollado en abundante jurisprudencia por la Corte IDH a lo largo de su evolución funcional, este tribunal convencional se encarga de la responsabilidad internacional al Estado por violación a Derechos Humanos. El Consejo de Estado colombiano en su Sección Tercera, en especial, se encarga de determinar la responsabilidad del Estado cuando este ha ocasionado un daño antijurídico, de tal forma que los tribunales que tengan dentro de sus funciones jurisdiccionales adelantar procesos en los cuales se busque determinar la responsabilidad del Estado, y son los primeros llamados a aplicar el CCVD, por tener dentro de su naturaleza la posibilidad de conjugar los elementos propios del CCVD y hacer ejercicios de confrontación normativa con base en el *CII*, determinando que existen normas internas que pueden ser inconventionales, incluida la Constitución²⁷.

27 Es necesario recordar lo manifestado por Martínez y Cubides (2015): "El paradigma constitucional consolidado dentro del derecho procesal constitucional, ejecutado y acrecentado por las constituciones, las acciones o los mecanismos constitucionales y los tribunales constitucionales, debe abrir paso a la inclusión del Derecho Procesal Convencional, para propiciar el cambio hacia un paradigma convencional, por eso, no resulta absurdo decir que pueden existir constituciones inconventionales. La Corte IDH, en este punto nos ha dejado tres ejemplos que la vale la pena conocer, examinar y discutir, por las implicaciones que tuvieron para los Estados de Chile y México" (Martínez, 2015, p. 193). Se refieren los autores a los casos de La Última Tentación de Cristo vs. Chile, Caso Radilla Pacheco vs. México y Caso Cabrera Montiel vs. México.

Inclusión y desarrollo del concepto del Control de Convencionalidad por parte del Consejo de Estado Colombiano, en las acciones de reparación directa

El Consejo de Estado Colombiano conoce de la acción de reparación directa²⁸, por medio de la cual se desarrolló la inclusión del concepto del CCV dentro de la jurisprudencia del máximo tribunal de lo contencioso administrativo. Al respecto, podemos señalar una investigación reciente, en la cual se señala que:

También se pudo verificar que con jurisprudencia más reciente del Consejo de Estado en la que aplica estándares interamericanos de reparación, este Tribunal no solo está cumpliendo con el deber constitucional, legal e internacional de asegurar una reparación integral a las víctimas de violaciones de derechos humanos, sino que, además, constituye un ejercicio del control de convencionalidad interno que viene siendo exigido por parte de la Corte IDH a los Estados parte de la CADH. En efecto, en virtud del control de convencionalidad, los Estados deben efectuar un juicio de adecuación entre sus normas nacionales y la CADH, así como la interpretación que la Corte IDH ha hecho de este tratado internacional (Cárdenas y Suárez, 2014, p. 36).

Como es preciso insistir, el Consejo de Estado, dentro de las reparaciones directas, ha incorporado el concepto del CCV. Por ello, se seleccionaron las sentencias donde su descriptor ha denotado la unidad de análisis bajo investigación —CCV—, y específicamente las providencias de la Sección Tercera de esta corporación, por ser esta la única sección que ha asimilado y desarrollado dicho concepto. El Consejo de Estado en la Sentencia 24070 (2012) de la Sección Tercera,

28 No obstante, se señala por Noguera, (2010): "De igual manera, la jurisprudencia del Consejo de Estado debe apropiarse y aplicar con efectos reparadores, las medidas de satisfacción y las garantías de no repetición, ya que como se dijo anteriormente, la acción de reparación directa no está destinada para juzgar las graves violaciones de los derechos humanos de responsabilidad del Estado a través de sus agentes, por acción u omisión; no es un recurso efectivo o idóneo" (Noguera, 2010, p. 116). Además se pueden leer las conclusiones de Núñez y Zuluaga (2012): "Desde el año 2007, en sus sentencias relacionadas con derechos humanos, el Consejo de Estado ha hecho breves consideraciones sobre los estándares internacionales en materia de derechos humanos que han impartido algunas instancias internacionales y los ha ido aplicando paulatinamente. Los estándares internacionales en materia de reparación integral no se han implementado de manera eficaz en Colombia y el Consejo de Estado aún los aplica con timidez. La jurisdicción de lo contencioso-administrativo debe establecer pautas claras para aplicar totalmente estos criterios, sobre la base de que siempre deben primar los derechos de las víctimas y la protección más amplia de sus derechos" (Núñez y Zuluaga, 2012, p. 228).

subsección C, con ponencia del Consejero Jaime Orlando Santofimio Gamboa, incluye por primera vez (*prima facie*), la doctrina del CCV²⁹, manifestando que:

Además, la Sala de Sub-sección advierte que para casos como el presente donde cabe valorar la ocurrencia de violaciones a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario por afectación de miembros de la población civil (muertos y lesionados) inmersa en el conflicto armado, del cual se desprende el ataque armado ocurrido el 27 de agosto de 1999, no puede seguir aplicándose lo establecido en el Código de Procedimiento Civil ajeno al respeto de la protección de los derechos humanos, dado que se estaría vulnerando la CADH, debiendo garantizarse el acceso a la justicia en todo su contenido como derecho humano reconocido constitucional y supraconstitucionalmente (**para lo que el juez contencioso administrativo puede ejercer el debido control de convencionalidad**), tal como en la sentencia del caso “Manuel Cepeda contra Colombia” se sostiene³⁰.

Es de resaltar que en este pronunciamiento el Consejo de Estado habilita al juez contencioso administrativo a realizar de forma facultativa el CCV. En una posterior sentencia del Consejo de Estado, la 24734 (2013), se confirma lo ya expresado, y se asienta una postura similar manifestando:

De manera que la Sala reitera el citado precedente, según el cual el moderno derecho administrativo, y la construcción de la responsabilidad extracontractual del Estado centra la protección en la “víctima” y no en la actividad del Estado, ya que prima la tutela de la dignidad humana, el respeto de los derechos constitucionalmente reconocidos, y de los derechos humanos, con fundamento en la interpretación sistemática del preámbulo, de los artículos 1, 2, 4, [del] 13 a[l] 29, 90, 93 y 94 de la Carta Política, y **en el ejercicio de un control de convencionalidad de las**

29 Cabe mencionar que existe una sentencia previa donde solo se menciona el término del CCV sin desarrollo alguno; véase: Sentencia del Consejo de Estado, sección tercera, subsección A, Consejero ponente: Hernán Andrade Rincón del veintitrés (23) de febrero de dos mil doce (2012), Radicación número: 54001-23-31-000-1999-00385-01(23027).

30 Cfr. Corte IDH, Caso Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia: “140. En lo que concierne al acceso a la justicia, valga destacar que en este caso los tribunales contencioso administrativos no establecieron responsabilidad institucional por acción de funcionarios estatales en la ejecución del Senador Cepeda Vargas, que considerara la transgresión de sus derechos a la vida y la integridad personal, entre otros, a pesar de que al momento de sus decisiones se contaba ya con los resultados parciales del proceso penal e incluso del disciplinario. En este sentido, no contribuyeron de manera sustancial al cumplimiento del deber de investigar y esclarecer los hechos (*supra* párrs. 116 a 122). Llama la atención que en uno de los procesos el Consejo de Estado no valoró los resultados parciales de las investigaciones penales y disciplinarias en las que constaba la responsabilidad de los dos sargentos del Ejército Nacional, por considerar que la documentación fue remitida en copia simple. Si bien no correspondía a esta vía establecer responsabilidades individuales, al determinar la responsabilidad objetiva del Estado las autoridades jurisdiccionales deben tomar en cuenta todas las fuentes de información a su disposición. Por ende, las autoridades encargadas de estos procedimientos estaban llamadas no sólo a verificar las omisiones estatales, sino a determinar los alcances reales de la responsabilidad institucional del Estado”.

normas, que por virtud del bloque ampliado de constitucionalidad, exige del juez contencioso observar y sustentar el juicio de responsabilidad en los instrumentos jurídicos internacionales (Tratados, Convenios, Acuerdos, etc.) de protección de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario, bien sea que se encuentren incorporados por ley al ordenamiento jurídico nacional, o que su aplicación proceda con efecto directo atendiendo a su carácter de “ius cogens”.

Si se observa bien, lo que se señala en los precedentes del Consejo de Estado es que es al juez contencioso administrativo a quien se le exige observar y sustentar el juicio de responsabilidad en elementos normativos internacionales que versen sobre derechos humanos o derecho internacional humanitario. Posteriormente, en la Sentencia 45092 (2013), en la cual se declara que la responsabilidad del Estado derivada de delitos de *lesa humanidad*, no se puede aplicar la caducidad que se señalaba el anterior Código Contencioso Administrativo (Decreto 01, 1984). Se expresa, por tanto, que el juez administrativo debe actuar como un juez convencional. En palabras del máximo tribunal:

Sin perjuicio de lo anterior, la Sub-sección C de la Sección Tercera ha considerado que adicional “a las normas procedimentales que rigen el trámite de los procedimientos contenciosos administrativos, el Despacho precisa que al momento de su interpretación y aplicación el funcionario judicial no sólo debe remitirse a ellas sino que en su razonamiento debe acudir a las normas constitucionales y de orden supraconstitucional, donde se enfatiza en la CADH y la doctrina desarrollada a partir de ella por la Corte IDH. Lo anterior en razón a que ya es un lugar común sostener que el Juez Administrativo no es un mero ejecutor formal de las normas legales sino que en razón al rol funcional que desempeña dentro del Estado Social de Derecho, es su obligación, antes que nada, ser garante de la corrección constitucional en la interpretación y aplicación de las normas legales, al igual que ejercer, ex officio, el control de convencionalidad que se le impone en razón a la fuerza vinculante de los tratados de Derechos Humanos y su doctrina.

Se advierte, por tanto, que en esta sentencia se afirma que el juez administrativo debe aplicar el CCV de oficio, porque no es un ejecutor formal, sino todo lo contrario, tiene un rol activo dentro del Estado Social de Derecho y es este el llamado a cumplir con los estándares convencionales y la doctrina de la Corte IDH; esta posición ha ido afianzándose, como lo dice la Sentencia 45679 (2013), según esta, el control de convencionalidad es obligatorio y oficioso por parte de los

jueces nacionales³¹. Este está llamado a realizar la incorporación de parámetros sentados por la jurisprudencia de la Corte IDH. Lo anterior, insiste en consecuencia de la influencia de las sentencias internacionales en el orden jurídico nacional. En posteriores providencias se siguen aportando precisiones que permiten ir perfilando esta doctrina. Así, por ejemplo, en la Sentencia 29764 (2013) se señala:

Así las cosas, al llevar a cabo un control de convencionalidad sobre la conducta del Estado, reflejada en una omisión a su deber de protección y vigilancia, se concluye por un lado, un quebrantamiento normativo internacional; y por el otro, un desconocimiento a un precedente internacional, amén, de la violación palmaria del orden jurídico interno. Y es que el juez, al juzgar este tipo de conflictos debe, por imperativo internacional, ejercer este control, no solo en virtud del mandato de la Convención Interamericana, sino además, por constituir aquella, fuente de derecho a nivel nacional, en razón del artículo 230 de la Constitución Política, lo que es posible, gracias a la articulación del sistema interamericano al ordenamiento jurídico, a través artículo 93 de la misma Carta, permitiéndose con ello, una declaratoria de la responsabilidad extracontractual por los daños antijurídicos padecidos por los demandantes. En síntesis, el control de convencionalidad es un principio de aplicación imperativa, que aunque aparentemente tiene una dimensión destructiva —dejar de lado el derecho interno— ello se supera al trascender a la dimensión integrativa que permite presentar una normativa que conjuga finalmente, un ordenamiento jurídico, como un todo³².

Afirmar que una conducta del Estado que produce un daño antijurídico tiene dos efectos, un quebrantamiento normativo internacional y un desconocimiento del precedente internacional, son manifestaciones que corresponden a una interpretación conforme de la CADH y la puerta de entrada al reconocimiento del CCVD. Nótese

31 Al respecto cabe mencionar: "Sobre la observancia de la jurisprudencia de la Corte IDH en materia de aspectos procedimentales esta Corporación ha señalado: "Adicional a las normas procedimentales que rigen el trámite de los procedimientos contenciosos administrativos, el Despacho precisa que al momento de su interpretación y aplicación el funcionario judicial no sólo debe remitirse a ellas sino que en su razonamiento debe acudir a las normas constitucionales y de orden supraconstitucional, donde se enfatiza en la Convención Americana de Derechos Humanos y la doctrina desarrollada a partir de ella por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Lo anterior en razón a que ya es un lugar común sostener que el Juez Administrativo no es un mero ejecutor formal de las normas legales sino que en razón al rol funcional que desempeña dentro del Estado Social de Derecho, es su obligación, antes que nada, ser garante de la corrección constitucional en la interpretación y aplicación de las normas legales, al igual que ejercer, ex officio, el control de convencionalidad que se le impone en razón a la fuerza vinculante de los tratados de Derechos Humanos y su doctrina". (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. Auto de 24 de septiembre de 2012. C.P.: Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Exp. 50001-23-31-000-2011-00586-01 (44050)).

32 Cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, subsección C, Consejero Ponente: Enrique Gil Botero, 21 de noviembre de dos mil trece (2013), radicación número: 05001-23-31-000-1998-02368-01(29764), referencia: Acción de Reparación Directa.

como en esta sentencia se endilga responsabilidad al Estado ejerciendo el CCVD. Esta puede ser considerada, por tanto, una sentencia hito dentro de este análisis por su connotación jurídica y contribución al objeto de estudio, igualando el CCVD con el Control de Convencionalidad Subjetivo, desarrollado en posterior sentencia:

Acogiendo la jurisprudencia de la Sección Tercera, y en ejercicio del control de convencionalidad subjetivo, la Sala encuentra que procede ordenar y exhortar a las entidades demandadas al cumplimiento de “medidas de reparación no pecuniarias”, con el objeto de responder al “principio de indemnidad” y a la “*restitutio in integrum*”, que hacen parte de la reparación que se establece en la presente decisión³³.

33 La Sentencia del Consejo de Estado enuncia: 1) la publicación de la presente sentencia por todos los medios de comunicación, medios electrónicos, redes sociales y página web de las entidades demandadas, por un período de seis (6) meses, contados desde la ejecutoria de la presente sentencia; 2) con el ánimo de cumplir los mandatos de los artículos 93 de la Carta Política y 1.1, 2, 8.1 y 25 de la Convención Americana se remite la presente providencia a la Fiscalía General de la Nación para que revise en la Unidad de Derechos Humanos y de Derecho Internacional Humanitario si hay lugar a reabrir y continuar la investigación contra la organización insurgente FARC y aquellos miembros [Israel Ramírez - alias Rogelio Benavides, José Nader Lombana - alias Franklin, Gabriel Restrepo - alias Nelson, alias Dumar, alias Alexis, alias Roberto Suárez, alias Céspedes] que hayan participado en la comisión de presuntas violaciones de derechos humanos y de derecho internacional humanitario cometidas contra la víctima del presente asunto, y consistentes en: a) violación del derecho a la vida, b) violación del derecho a la integridad personal, c) violaciones de las normas de los Convenios de Ginebra, d) uso de armas no convencionales, etc., y todas aquellas que se desprendan de los hechos ocurridos el 15 de diciembre de 1997 en el municipio de Mesetas [Meta]; 3) se ordenará remitir copia de esta providencia, y de los elementos esenciales del expediente, a la Fiscalía General de la Nación, Unidad de Derechos Humanos y de Derecho Internacional Humanitario, para que investigue la comisión del delito de toma de rehenes en contra de la mejor hija de la víctima en los hechos acaecidos el 15 de diciembre de 1997; 4) se solicitará a las entidades demandadas solicitar sea reabierta la investigación penal preliminar con número 4119, que fue suspendida y archivada provisionalmente por la Fiscalía Novena Delegada ante el Juez Penal del Circuito Especializado mediante la Resolución de 10 de octubre de 2000. Así mismo, se compulsarán copias a la Unidad de Derechos Humanos y de Derecho Internacional Humanitario de la Fiscalía General de la Nación para el mismo fin, donde debe dilucidarse, por parte de la jurisdicción penal ordinaria de Colombia la participación como autor intelectual de alias TIMOCHENKO, Y COMO AUTORES DIRECTOS DE LOS ALIAS DUMAR, ALEXIS, ROBERTO SUÁREZ, CÉSPEDES, todos miembros del grupo armado insurgente FARC para la época de los hechos, sustentada dicha medida en el derecho a la verdad, justicia y reparación en la que se inspira el artículo de la Carta Política, el artículo 16 de la Ley 446 de 1998 y el artículo 63.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, y en la eficacia y plenitud de las garantías judiciales que exigen la investigación razonable e integral de los hechos en los que se produzcan violaciones a los derechos humanos, como forma de aplicación a los artículos 29 y 93 de la Carta Política y 1.1, 2 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos; 5) con el ánimo de cumplir con los mandatos de los artículos 93 de la Carta Política y 1.1 y 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos, así como los mandatos de los artículos 3 y 4.a de la Convención de Belem do Para, se exhorta respetuosamente al Gobierno Nacional para que acuda ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, específicamente a la Relatoría sobre los Derechos de las Mujeres para que pronuncie acerca de las sistemáticas violaciones de los derechos humanos que han sido perpetradas por el grupo armado insurgente FARC durante el conflicto armado interno, y específicamente en el caso de Yaneth Pérez García; 6) exhortar al Estado para que dentro del marco de la Ley 1448 de 2011, y de sus decretos reglamentarios, estudie la situación de la familia de Yaneth Pérez García, para establecer si puede recibir los beneficios relativos al restablecimiento de la estructura familiar que resultó vulnerada por hechos acaecidos el 15 de diciembre de 1997 en el municipio de Mesetas [Meta]; 7) se exhorta para que en el término, improrrogable, de treinta (30) días la Defensoría del Pueblo informe de las investigaciones por la violación del derecho internacional humanitario y de los derechos humanos que se hayan adelantado por los hechos, y se ponga disposición por los medios de comunicación y circulación nacional; y, 8) se ordenará que por Secretaría de la Sección se remita la presente sentencia al Centro de Memoria Histórica para que repose dentro de los archivos que dicha entidad tenga respecto al conflicto armado interno. De todo lo ordenado, las entidades demandadas deberán entregar al Tribunal de origen y a este despacho informes del cumplimiento dentro de los cuarenta y cinco días (45) siguientes a la ejecutoria de la sentencia.

En posterior pronunciamiento en Sentencia 40802 (2014); en una acción de reparación directa sobre la falla del servicio por la muerte de una niña en un Hospital, el Consejo de Estado manifestó:

Adicionalmente, teniendo en cuenta que se desconoce a todas luces las razones por las cuales no se remitió a la menor a un centro de IV nivel de complejidad, no solo constituye una deficiente prestación del servicio médico, sino que también atenta y vulnera los derechos del menor, reconocidos constitucionalmente como lo consagra la Carta Política en el artículo 44, al preceptuar que los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás, imponiendo la necesidad de buscar en todo momento el mayor beneficio para el menor, para que no se vulneren derechos fundamentales como la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, y como lo consagran las leyes y tratados internacionales ratificados por Colombia, tales como, la Convención Americana de Derechos Humanos y la Convención de las Naciones Unidas, **específicamente frente a los derechos del niño, enmarcándose la presente providencia en el ámbito del control de convencionalidad³⁴ que le corresponde aplicar a la jurisdicción contencioso administrativa colombiana³⁵.**

Esta jurisprudencia nos va señalando el sendero, afirmando que el CCVD debe ser ejercido por la jurisdicción contenciosa administrativa, en especial por el juez de esta especialidad del derecho, y además reiterando que la jurisprudencia de la Corte IDH es obligatoria³⁶. Denótese que el Consejo de Estado

34 Cfr. “La cláusula en cuestión (responsabilidad del Estado consagrada en el artículo 90 de la Constitución Política), así vista, afirma de manera indiscutible los presupuestos en los que se sustenta el Estado moderno, donde la primacía no se agota al respeto de los derechos, bienes e intereses consagrados en las cartas constitucionales, sino que se desdobra de tal manera que implica, también, su reconocimiento, medidas y objeto de protección por parte de las normas de derecho internacional de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario, con lo que el ámbito de indagación de la responsabilidad se ha venido ampliando de tal manera, que permite sostener, la existencia dentro del Estado social y democrático de derecho de un verdadero “garantismo constitucional”, de un derecho constitucional de la responsabilidad de los poderes públicos, basado en el respeto pleno del ordenamiento jurídico interno e internacional; sustentado en los lazos articuladores de la comunidad internacional y en la buena fe que materializan las relaciones internacionales. Son los Estados en comunidad, los vigilantes y garantes mutuos, en últimas, de todo este inmenso sistema de protección”. Santofimio, J (2013). Control de Convencionalidad y Responsabilidad del Estado” (Brewer, A y Santofimio, J. Control de convencionalidad y responsabilidad del Estado, Bogotá: Universidad Externado de Colombia).

35 Reiteración de sentencia de 26 de septiembre de 2013, expediente: 38928.

36 Es importante señalar lo que manifiesta Hitters (2011): “En lo que hace a la naturaleza de las sentencias de la Corte IDH, digamos que son obligatorias (Art. 68.1 CADH) y que los Estados están compelidos a cumplirlas en todo caso en que sean parte. En la hipótesis de que el fallo disponga una indemnización compensatoria, el mismo puede hacerse efectivo por las vías adjetivas domésticas atinentes a la ejecución de las sentencias contra el Estado (Art. 62.1 y 68.2 CADH). El artículo 65 de la CADH dispone que la Corte IDH debe someter a consideración de la Asamblea General de la OEA asuntos en que los Estados desoigan sus fallos. Pese a ello —como vimos— los países no han acatado a pie juntillas todos los pronunciamientos de ese Tribunal. Empero lo cierto es que progresivamente se ha adelantado mucho en este sentido y los decisorios de ese cuerpo regional cada vez tienen más peso” (Hitters, 2011, p. 41).

sigue desarrollando la posición que debe aplicar el CCV, como se resalta en la Sentencia 28642 (2014):

En el sub bite se hace forzoso e ineludible para la Sala ejercer el control de convencionalidad en los términos en que ha sido precisado por la jurisprudencia interamericana para afianzar la garantía de los derechos contemplados en la Convención Americana de Derechos Humanos —en adelante CADH— (...) insiste la Sala en que, a la luz del derecho constitucional —el vigente en el momento de cometerse las conductas imputadas a los acá demandantes y el que nos rige actualmente— y del derecho convencional, llevar el conocimiento de graves violaciones de derechos humanos a la justicia penal militar trae consigo impunidad y hace nugatorio los derechos a la verdad, la justicia y la reparación integral de las víctimas, lo que rebasa el margen de apreciación que en todo ordenamiento jurídico se le reconoce a las autoridades judiciales al tratarse de actuaciones cuya incompatibilidad con las obligaciones internacionales colma los límites de lo tolerable.

En este pronunciamiento, el Consejo de Estado de forma importante neutraliza lo que se ha llamado Doctrina del Margen de Apreciación Nacional, la cual faculta a los operadores judiciales para dar una interpretación dentro de la órbita nacional a los Derechos Humanos; además, recalca que el CCV afianza la protección de estos derechos y llama la atención acerca de que existen actuaciones del Estado, a través de sus agentes, que resultan incompatibles con sus obligaciones internacionales y que sobrepasan los límites de lo tolerable. Esta posición sigue reiterándose³⁷, reafirmando que el CCV es un principio de creación

37 Cfr. Consejo de Estado, Sentencia (2014): “En ese orden, la modalidad de incursión normativa que interesa a este estudio, viene a ser la contenida en el inciso primero del artículo 93, que otorga aplicabilidad directa a las disposiciones que sobre derechos humanos se han firmado y ratificado por Colombia y que, en esa línea, entra a jugar un papel significativo: el Control de Convencionalidad. Principio de creación jurisprudencial Interamericana, que ha permitido verificar el efecto útil de las normas contenidas en las distintas convenciones de derechos humanos, es decir, constituye una forma de indagar si los países miembros del sistema interamericano han violado o no las convenciones pactadas. Por lo tanto, su objeto se consolida como la verificación de la efectividad de los derechos y garantías contenidas en esos instrumentos supranacionales. (...) el principio bajo estudio se originó en pronunciamientos que plantearon un conflicto normativo interno e internacional, con el transcurrir de su uso, fue extendiendo su marco de acción a asuntos que no suponían tal conflicto jurídico, pues también tenía lugar, ante un mero desconocimiento de una norma convencional, a través de prácticas u omisiones estatales. Es decir, este control no solo comprende una inspección objetiva de determinada norma, sino que se extiende a condenar prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la convención o a prácticas que desconozcan derechos reconocidos. (...) La interpretación dada a este principio (...) viene a ser clave de bóveda para el caso *sub examine*, pues esta jurisdicción interna, en virtud del denominado bloque de constitucionalidad, que introduce al ordenamiento constitucional, además de la normativa internacional sobre derechos humanos, la interpretación que de ella se ha hecho por las cortes internacionales competentes, impone la obligación de efectuar un control de convencionalidad a la conducta del Estado. Comoquiera que la jurisdicción interna, en ejercicio de la administración de justicia, está llamada a actuar como juez interamericano a nivel nacional en los casos de graves violaciones a derechos humanos, esta Sala ejercerá un control de convencionalidad a las conductas activas y omisiva del Estado en el presente caso y determinará si éste quebrantó normas internacionales de derechos humanos.

jurisprudencial, del SIDH, que conlleva obligaciones para los jueces nacionales en el sentido de asumir el rol de jueces interamericanos, como también se han llamado jueces convencionales. En agosto del 2014, se emite la sentencia paradigmática 26251 (2014) de unificación jurisprudencial. Se reproduce *in extenso* la cita por su importancia dentro del objeto de estudio:

El control de convencionalidad es una manifestación de lo que se ha dado en denominar la constitucionalización del derecho internacional. Concebido, con mayor precisión, como el “*control difuso de convencionalidad*”, cuyo destinatario es todo juez nacional quien tiene el deber de “realizar un examen de compatibilidad entre las disposiciones y actos internos que tiene que aplicar a un caso concreto, con los tratados internacionales y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”(…) Se trata, además, de un control que está dirigido a todos los poderes públicos del Estado (…). Lo anterior indica, claramente, que el juez nacional no sólo está llamado a aplicar y respetar su propio ordenamiento jurídico, sino que debe proyectarse sobre este una “interpretación convencional”, de manera tal que pueda constatar si las mismas son o no “compatibles”, o se corresponden con los mínimos consagrados en la Convención Americana de Derechos Humanos y en otros tratados y normas de derecho internacional de los derechos humanos, y de derecho internacional humanitario. En esencia dicho control de convencionalidad, en cabeza de los jueces nacionales (…) conlleva una interacción entre el ordenamiento jurídico interno y el derecho convencional de manera que se cumpla con las cláusulas 26³⁸ y 27³⁹ de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969. Así, la actividad del juez debe verificar el cumplimiento de los más altos compromisos internacionales para la protección de los derechos humanos (…). Así las cosas, la decisión del juez administrativo estará sustentada en la observancia de los instrumentos jurídicos internacionales, bien sea que se encuentren incorporados mediante una ley al ordenamiento nacional, o que su aplicación proceda con efecto directo atendiendo a su carácter de *ius cogens*, de manera que se consolide el principio de legalidad ampliado, no un simple principio de legalidad sujeto al bloque de constitucionalidad, sino que se invoca su ampliación con base en el bloque de convencionalidad, a cuyos estándares debe obedecer la actuación u operación administrativa en el Estado Social y Democrático de Derecho, mucho más cuando se trata de sujetos de especial protección como sucede en el caso que en esta oportunidad ocupa a la Sala.

38 Léase: “*Pacta sunt servanda*”. Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe.

39 Léase: El derecho interno y la observancia de los tratados. Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46.

Es importante señalar, finalmente, que el Consejo de Estado Colombiano ha avanzado en su jurisprudencia, destacando que su labor, a propósito de las acciones de reparación directa de las víctimas de acciones del Estado, es el de lograr que los derechos de estas se vean garantizados plenamente por este tribunal de cierre para que no tengan que acudir a instancias internacionales; la aplicación de la doctrina del CCV tiene, por tanto, una función preventiva y garantista para todas las personas en Colombia⁴⁰; además, el SIDH⁴¹ provoca un cambio de un sistema de protección de normas cerradas y estáticas a uno abierto y dinámico, al nutrirse constantemente con los criterios jurisprudenciales emitidos por la Corte IDH (Martínez y Cubides, 2015a, p. 121).

40 Cfr. "El Consejo de Estado ha entendido que su función primigenia es la de dar alcance a los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, que en todo tiempo y lugar prevalecen sobre el ordenamiento interno, como quiera que el concepto tradicional de daño antijurídico hoy se ha ampliado por cuenta de tales normas supranacionales. Así, la obligación del Estado de adoptar medidas del orden interno, a su vez, está en concordancia con la obligación de los jueces de ejercer un control de legalidad y de convencionalidad, para observar no solo el cumplimiento de las leyes internas, sino también para verificar en cada caso el respeto y garantía de los derechos contenidos en la CADH. En consecuencia, los desarrollos en torno a las amplias facultades del Consejo de Estado para ordenar fallos *ultra y extra petita* que otrora eran objeto de debate, actualmente son del todo aceptados por este organismo, tratándose de la vulneración de derechos humanos, máxime cuando las condenas contra el Estado colombiano por parte de la jurisdicción interamericana han generado la necesidad de replantear la manera de reparar a las víctimas, y con ello entrar en un proceso de justicia transicional con alcances amplísimos para la sociedad colombiana. El Consejo de Estado, al dar aplicación en sus sentencias a los estándares de reparación de la Corte IDH está realizando un verdadero control de convencionalidad que contribuye a que disminuyan cuantitativa y cualitativamente las reparaciones que imponga al Estado el Tribunal Interamericano cuando lo encuentre responsable de violaciones a derechos humanos. De tal manera que en atención a la importancia creciente del derecho internacional y del derecho comparado ha comenzado un relevante diálogo jurisprudencial con la Corte IDH que dará excelentes resultados para el Estado, pero, en especial, para las víctimas de graves violaciones de los derechos humanos" (Cárdenas y Suárez, 2014, p. 45).

41 Al respecto Martínez afirma (2015): "El SIDH no es complementario, es invasivo, terapéutico e integrador; pensar que el *Corpus Iuris Latinoamericano* es un complemento del derecho interno en materia de derechos humanos es contrario a la CADH. El efecto invasivo e integrador lo tenemos en el artículo 1: "Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción". El efecto terapéutico lo tenemos en el artículo 2: "Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades"" (Martínez, 2015, pp. 35-36).

Utilización del concepto “control de convencionalidad” y posterior desarrollo dentro de la jurisprudencia de la Corte IDH

En el SIDH y en la doctrina⁴² se reconoce la utilización del término de CCV, por primera vez, en un voto concurrente razonado emitido por el destacado jurista mexicano, Juez y Presidente de la Corte IDH, Sergio García Ramírez, en el Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala (2003), en el cual quedó expresada la figura de la siguiente forma:

Para los efectos de la Convención Americana y del ejercicio de la jurisdicción contenciosa de la Corte Interamericana, el Estado viene a cuentas en forma integral, como un todo. En este orden, la responsabilidad es global, atañe al Estado en su conjunto y no puede quedar sujeta a la división de atribuciones que señale el Derecho interno. No es posible seccionar internacionalmente al Estado, obligar ante la Corte sólo a uno o algunos de sus órganos, entregar a éstos la representación del Estado en el juicio --sin que esa representación repercuta sobre el Estado en su conjunto-- y sustraer a otros de este régimen convencional de responsabilidad, dejando sus actuaciones fuera del “control de convencionalidad” que trae consigo la jurisdicción de la Corte internacional (Corte IDH, Voto concurrente razonado del juez Sergio García Ramírez, Caso Mack Chang vs. Guatemala, 2003) (el subrayado es nuestro).

Con esta motivación se inició la aplicación del CCV. Como lo que señala con énfasis García Ramírez (2003), los Estados responden como un todo, es decir, por el conjunto de sus órganos, razón por la cual no es posible sustraer algún órgano de ellos de la eventual responsabilidad internacional por violación de Derechos Humanos que pueda caberle al Estado. El mismo Juez García Ramírez, siguiendo por ese sendero jurisprudencial, emite en el Caso Tibi vs. Ecuador (2004), una nueva aproximación al concepto del CCV, a fin de contextualizar mejor la figura que estaba germinando dentro de sus votos razonados. En tal sentido expone:

En cierto sentido, la tarea de la Corte [IDH] se asemeja a la que realizan los tribunales constitucionales. Estos examinan los actos impugnados —disposiciones de alcance general— a la luz de las normas, los principios y los valores de las leyes fundamentales. La Corte Interamericana, por su parte, analiza los actos que llegan a su conocimiento en relación con normas, principios y valores de los tratados en

42 Al respecto se puede contrastar con los siguientes autores: Hitters, 2009; Bazán, 2011; Castilla, 2011; Sagüés, 2011; García-Ramírez, 2011; Aguilar, 2012; Benavente, 2012; Ibáñez, 2012; Pelayo, 2012; Vivas y Cubides, 2012, y Carbonell, 2013.

los que funda su competencia contenciosa. Dicho de otra manera, si los tribunales constitucionales controlan la “constitucionalidad”, el tribunal internacional de derechos humanos resuelve acerca de la “convencionalidad” de esos actos. A través del control de constitucionalidad, los órganos internos procuran conformar la actividad del poder público —y, eventualmente, de otros agentes sociales— al orden que entraña el Estado de Derecho en una sociedad democrática. El tribunal interamericano, por su parte, pretende conformar esa actividad al orden internacional acogido en la convención fundadora de la jurisdicción interamericana y aceptado por los Estados Partes en ejercicio de su soberanía (Corte IDH, Voto concurrente razonado juez Sergio García Ramírez, Caso Tibi vs. Ecuador, 2004) (el subrayado es nuestro).

En este célebre razonamiento queda plasmada la diferencia del control de constitucionalidad y el del CCV, no pudiendo entenderseles como iguales u opuestos: Las normas de confrontación son diferentes. En este aspecto debe manifestarse que hablamos del CCV judicial realizado sólo por la Corte IDH, por ser la que tiene la posibilidad de realizar el examen de compatibilidad entre la norma interna y el *CII*. De la forma anterior, empezó a gestarse esta doctrina dentro de la Corte IDH, llegando a su manifestación formal en el Caso Almonacid Arellano vs. Chile (2006), cuando en un párrafo multicitado por la doctrina⁴³, expresó el Tribunal interamericano:

124. La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana; sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial

43 Es casi ineludible referirse al CCV sin mencionar el párrafo 124 de la Sentencia de la Corte IDH en el Caso Almonacid Arellano vs. Chile, del 26 de septiembre del 2006 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). Y es válido traer a colación el comentario de Bazán (2014): “Dicho de otro modo, en tal fallo el tribunal verbaliza la misión de los magistrados nacionales (ordinarios o constitucionales, según corresponda), consistente en efectivizar el CCV de las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos vis á vis la CADH, tomando en consideración al efecto no solo la literalidad de dicho pacto, sino la lectura que de él ha realizado la Corte IDH, que —como se sabe— es la interprete última de aquél” (Bazán, 2014, p. 153).

debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana (Corte IDH, Sentencia Caso Almonacid Arellano vs Chile, 2006) (el subrayado es nuestro).

Esta enunciación de la Corte IDH ha traído diferentes críticas⁴⁴, porque al referirse al CCV invita a que el Poder judicial, representado por los jueces, deba ejercer “una especie” de CCV entre las normas jurídicas internas que aplican en el caso concreto y la CADH. Consideramos acertado que la jurisprudencia de la Corte IDH haya comenzado diciendo que era una “especie”, puesto que en posteriores desarrollos seguiría aumentando la clasificación, si bien de esta sentencia se pueden extraer los elementos centrales del CCV, tal como ella los sintetiza (Nash, 2013):

- a) Existe una obligación del poder judicial de cumplir con la normatividad internacional que el Estado ha recepcionado internamente y que por tanto ha pasado a ser parte del sistema normativo interno.
- b) Este es un ejercicio hermenéutico, que debe buscar la efectividad de los derechos consagrados convencionalmente y evitar que el Estado incurra en responsabilidad internacional.
- c) Las normas contrarias a la Convención no pueden tener efectos en el ámbito interno, toda vez que dichas normas incompatibles con las obligaciones internacionales constituyen un ilícito internacional, que hace responsable al Estado.
- d) Para realizar dicho ejercicio interpretativo el juez debe tener en consideración la jurisprudencia de la Corte IDH (Nash, 2013, p. 496).

En lo concerniente a esta investigación, nos centraremos en la modalidad difusa o interna que es la que debe realizar el poder judicial, como enunciamos, facultado en un primer momento para realizar la confrontación normativa.

Continuando dentro del desarrollo jurisprudencial, es válido traer a colación un segundo caso, de la misma fecha de la sentencia de Almonacid Arellano, donde se produjo un voto razonado concurrente, del Juez García Ramírez (2006):

La Corte Interamericana, que tiene a su cargo el “control de convencionalidad” fundado en la confrontación entre el hecho realizado y las normas de la Convención

44 Se pueden consultar en: Ahrens, 2012; Contreras, 2012; Castilla, 2013; Corona y Navarro, 2013; Mejía, 2013; Contreras, 2014, y Henríquez, 2014.

Americana, no puede, ni pretende —jamás lo ha hecho—, convertirse en una nueva y última instancia para conocer la controversia suscitada en el orden interno. La expresión de que el Tribunal interamericano constituye una tercera o cuarta instancia, y en todo caso una última instancia, obedece a una percepción popular, cuyos motivos son comprensibles, pero no corresponde a la competencia del Tribunal, a la relación jurídica controvertida en éste, a los sujetos del proceso respectivo y a las características del juicio internacional sobre derechos humanos (Corte IDH, Voto razonado del juez Sergio García Ramírez, Caso Vargas Areco vs. Paraguay, 2006) (el subrayado es nuestro).

De lo anterior, es claro que el Tribunal Interamericano en ningún momento ha tenido la pretensión de constituirse como una nueva instancia o una cuarta instancia; esto, más bien, se puede considerar como una “percepción popular”, que está lejos de la realidad del órgano convencional, el cual es garante internacional de la responsabilidad por violación de Derechos Humanos de los Estados parte de la CADH. Cabe mencionar que el voto mencionó al juez de convencionalidad⁴⁵, refiriéndose a los jueces internos del Estado que deben tomar las medidas que les haya atribuido, en razón de la competencia, de la Corte IDH.

La Jurisprudencia acerca del CCV siguió tomando fuerza hasta que en el Caso Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú (2006) se manifestara que este debía ser ejercido de oficio:

128. Cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional, como la Convención Americana, sus jueces también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque el efecto útil de la Convención no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin. En otras palabras, los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también “de convencionalidad” ex officio entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. Esta función no debe quedar limitada exclusivamente por las manifestaciones o actos de los accionantes en cada caso concreto,

.....
45 Léase en: Corte IDH, Voto razonado del juez Sergio García Ramírez, Caso Vargas Areco vs. Paraguay, 2006, donde se expresa: “Con apoyo en estas consideraciones, la Corte ha expresado la preocupación que le suscitan ciertas evidentes fracturas de la proporcionalidad que se debiera observar cuando existe una restricción o afectación de un derecho o se emite una decisión que sanciona la violación cometida al amparo de cierta ley y en el desempeño de determinada jurisdicción. El juez de convencionalidad no se erige, por esta vía, en legislador o juzgador nacional, sino aprecia los actos de aquellos al amparo de la Convención, aunque detenga su análisis en ese ejercicio de mera apreciación y no llegue a fijar, por su parte, medidas cuya determinación específica incumbe al Estado, principalmente si existen, como los hay en el presente caso, límites derivados del acto de reconocimiento de la competencia de la Corte”.

aunque tampoco implica que ese control deba ejercerse siempre, sin considerar otros presupuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia de ese tipo de acciones (Corte IDH, Sentencia Caso Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú, 2006) (el subrayado es nuestro).

De este importante nuevo alcance, debe resaltarse que este le imprime mayor efectividad al CCV al señalar que los jueces deben velar por la aplicación del “efecto útil” de la CADH.

Esto no es más que el principio de efectividad o de *effet utile*, lo que conduce a sostener que los tratados deben interpretarse de manera que se dé eficacia a sus disposiciones en su sentido natural u ordinario y en el contexto en que ocurran, según su objeto y fin (Aguirre- Arango, 2008, p. 80). El gran avance de este caso, es decirle a los órganos del poder judicial que deben realizar, además del control de constitucionalidad, el CCV de oficio, sin que sea necesario que alguien formule la pretensión de forma expresa. La Corte IDH señala con todo, que ello es posible, obviamente dentro de sus competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. Lo importante, haciendo énfasis en lo anterior, es que no debe mediar petición, pretensión o solicitud por parte del administrado, ciudadano o interesado para que se realice dentro de su proceso o dentro de su actuación administrativa o judicial, el CCV.

Después de varias reiteraciones de los parámetros anteriormente explicados dentro de las sentencias⁴⁶ de la Corte IDH, se llega al caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México (2010), donde después de un tiempo de gestación y visto los efectos del CCV, se considera pertinente que:

225. Este Tribunal ha establecido en su jurisprudencia que es consciente de que las autoridades internas están sujetas al imperio de la ley y, por ello, están obligadas a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado es parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces, también están sometidos a aquél, lo cual les obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin. Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer ex officio un “control de convencionalidad” entre las normas internas y la Convención

46 Al respecto, cfr.: Corte IDH Sentencia Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile (2006). Corte IDH Sentencia Caso Rosendo Cantú y otra vs. México (2010) y Corte IDH Sentencia Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia (2010).

Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana (Corte IDH, Sentencia Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México, 2010) (el subrayado es nuestro).

Al respecto, cabe destacar que este caso se señala puntualmente que no son solo los jueces del poder judicial que deben aplicar el CCV, sino que además son todos los órganos vinculados a la administración de justicia, con lo que podríamos afirmar que cualquier autoridad que tenga funciones jurisdiccionales debe aplicar dentro de sus pronunciamientos, actuaciones, procedimientos o procesos el CCV, sin importar que no tenga la investidura o la calidad de juez.

Después de estos importantes avances jurisprudenciales, no se tuvo que esperar mucho para que el CCV siguiera consolidándose como un mecanismo internacional con aplicabilidad cada vez mayor. En este sentido, se ubica el Caso Gelman vs. Uruguay (2011), donde el tribunal interamericano amplía notoriamente los sujetos que deben aplicar el CCV, y al respecto nos enseña:

239. La sola existencia de un régimen democrático no garantiza, *per se*, el permanente respeto del Derecho Internacional, incluyendo al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, lo cual ha sido así considerado incluso por la propia Carta Democrática Interamericana. La legitimación democrática de determinados hechos o actos en una sociedad está limitada por las normas y obligaciones internacionales de protección de los derechos humanos reconocidos en tratados como la Convención Americana, de modo que la existencia de un verdadero régimen democrático está determinada por sus características tanto formales como sustanciales, por lo que, particularmente en casos de graves violaciones a las normas del Derecho Internacional de los Derechos, la protección de los derechos humanos constituye un límite infranqueable a la regla de mayorías, es decir, a la esfera de lo “susceptible de ser decidido” por parte de las mayorías en instancias democráticas, en las cuales también debe primar un “control de convencionalidad” (supra párr. 193), que es función y tarea de cualquier autoridad pública y no sólo del Poder Judicial (Corte IDH, Sentencia Caso Gelman vs. Uruguay, 2011) (el subrayado es nuestro).

Esta sentencia explica perfectamente que no son solo los jueces quienes tienen la tarea de realizar el CCV, sino que, además, es función de cualquier autoridad

pública dentro de un Estado democrático; recalcando que la protección de los Derechos Humanos constituye un “límite infranqueable” para este tipo de Estado.

En síntesis, el CCVD ha tenido un desarrollo expansivo por parte de la Corte IDH, teniendo en cuenta que en sus primeros pronunciamientos se la presentó como una obligación para todos los jueces del Estado; en un segundo momento, a los jueces se le sumaron todos los órganos que de alguna forma administren justicia o tengan funciones jurisdiccionales; para en un tercer momento, exponer que son los jueces y todos los órganos vinculados a la administración de justicia quienes deben aplicarlo, y finalmente, en el cuarto momento, se afirmó que son todas las autoridades del Estado las que deben acomodar sus actuaciones al CCV. A estos cuatro momentos le hemos denominado:

- i) Criterio judicial convencional*
- ii) Criterio judicial orgánico*
- iii) Criterio jurisdiccional convencional*
- iv) Criterio autoritativo convencional*

El criterio judicial convencional, sentado en el Caso Almonacid Arellano vs. Chile (2006), pone de presente que son los jueces nacionales de los Estados quienes deben realizar el CCVD; el criterio judicial orgánico, expuesto dentro del Caso Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú (2006), pregona que los encargados de realizar el CCVD son los órganos del poder judicial o de la correspondiente rama judicial; para el criterio jurisdiccional convencional son todos los jueces y órganos vinculados o que colaboren con la administración de justicia en todos los niveles, en otras palabras, todos los que cuenten con funciones jurisdiccionales y se encuentren relacionados con la administración de justicia es el criterio sentado en el Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México (2010); y por último, el criterio autoritativo convencional, afirma categóricamente que no son solo los jueces, o solo los órganos del poder judicial, o los órganos vinculados a la administración de justicia en todos sus niveles los que deben hacer valer el CCVD, sino que este es tarea y función de toda autoridad pública para prevenir las violaciones de derechos humanos dentro del respectivo Estado, expuesto en el Caso Gelman vs. Uruguay (2011).

En conclusión, se puede establecer que la línea jurisprudencial sobre el CCV lo componen diversas sentencias⁴⁷ que aplican, desarrollan, siguen o reiteran los criterios de la Corte IDH; los hitos son claramente identificables en el caso *Almonacid Arellano* (2006), caso *Trabajadores Cesados del Congreso* (2006), caso *Cabrera García Montiel* (2010) y el caso *Gelman* (2011). Se cuenta con treinta y un (31) pronunciamientos jurisprudenciales sobre el tema objeto de estudio a 2014, que no deja de ser un número altamente representativo si observamos el número de sentencias emitidas por el tribunal interamericano.

Conclusiones

El CCV tuvo su génesis en Francia y debe ser ubicada específicamente a partir de la jurisprudencia de la jurisdicción contenciosa administrativa francesa que unificó la posición del país galo y, en concreto, del Consejo de Estado Francés, elaborada en la sentencia “*Nicolo*” de 1989, la cual consolidó y unificó las directrices de esta nueva doctrina que tiene como función originaria la confrontación normativa entre normas convencionales con normas internas. Pero, esta ha cobrado fuerza e influencia particulares en la jurisprudencia de la Corte IDH.

El CCV tiene dos modalidades, el control concentrado y el difuso, que conlleva diferentes efectos dentro de los sistemas normativos internos, porque lo que se busca es contrastar si la norma interna viola la normatividad convencional (la Carta de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica y la interpretación que de este ha efectuado la misma Corte IDH) o lo que se ha denominado

47 Al respecto ver: 1) Caso *Almonacid Arellano* y otros vs. Chile (2006), 2) Caso *trabajadores cesados del Congreso* (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú (2006), 3) Caso *La Cantuta* vs. Perú (2006), 4) Caso *Boyce* y otros vs. Barbados (2007), 5) Caso *Heliodoro Portugal* vs. Panamá (2008), 6) Caso *Rosendo Radilla Pacheco* vs. México (2009), 7) Caso *Manuel Cepeda Vargas* vs. Colombia (2010), 8) Caso *Comunidad Indígena Xákmok Kásek* vs. Paraguay (2010), 9) Caso *Fernández Ortega y otros vs. México* (2010), 10) Caso *Rosendo Cantú y otra vs. México* (2010), 11) Caso *Ilsen Cárdenas e Ilsen Peña* vs. Bolivia (2010), 12) Caso *Vélez Llor* vs. Panamá (2010), 13) Caso *Gomes Lund y otros* (*Guerrilha do Araguaia*) vs. Brasil (2010), 14) Caso *Cabrera García y Montiel Flores* vs. México (2010), 15) Caso *Gelman* vs. Uruguay (2011), 16) Caso *Chocrón Chocrón* vs. Venezuela (2011), 17) Caso *López Mendoza* vs. Venezuela (2011), 18) Caso *Fontevecchia y D'Amico* vs. Argentina (2011), 19) Caso *Atala Riffo y niñas* vs. Chile (2012), 20) Caso *Furlan y familiares* vs. Argentina, (2012), 21) Caso *Masacres de Río Negro* vs. Guatemala (2012), 22) Caso *Masacres de El Mozote y lugares aledaños* vs. El Salvador (2012), 23) Caso *Gudiel Álvarez y otros* (“*Diario Militar*”) vs. Guatemala (2012), 24) Caso *Masacre de Santo Domingo* vs. Colombia (2012), 25) Caso *Mendoza y otros* vs. Argentina (2013), 26) Caso *García Cruz y Sánchez Silvestre* vs. México (2013), 27) Caso *J. vs. Perú* (2013), 28) Caso *Liakat Ali Alibux* vs. Surinam (2014), 29) Caso *Norín Catrimán y otros* (dirigentes, miembros y activista del Pueblo Indígena Mapuche) vs. Chile (2014), 30) Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana (2014), 31) Caso *Rochac Hernández y otros* vs. El Salvador (2014) (Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2015, p. 126).

Corpus Iuris Interamericano. Y en caso de que ello ocurra, aquella debe ser retirada del ordenamiento jurídico interno, sin importar su jerarquía normativa. Esto es que incluso la Constitución de un Estado parte puede ser objeto de la sanción de retiro o exclusión en el caso de inconventionalidad de alguna o algunas de sus disposiciones. La Corte IDH ha utilizado diferentes expresiones para obligar a los Estados a aplicar sus decisiones en ejercicio del CCV, a saber: (i) adecuar el ordenamiento jurídico interno, (ii) reformar, (iii) abstenerse de aplicar, (iv) crear un mecanismo, (v) derogar una norma, (vi) modificar, (vii) adoptar medidas legislativas, (viii) establecer, (ix) implementar, (x) completar la adecuación de su derecho interno, (xi) adoptar políticas públicas y (xii) tipificar un delito.

El CCV ha tenido un desarrollo evolutivo expansivo que ha generado mayores obligaciones a los Estados parte del SIDH. Los cuatro momentos identificados dentro de la investigación muestran claramente que esta doctrina viene teniendo gran influencia dentro de todos los ordenamientos jurídicos internos. El “criterio judicial convencional” es el momento en el cual se obliga a los jueces a aplicar el CCV, el “criterio judicial orgánico” obliga no sólo a todos los jueces sino a todos los órganos del poder judicial, el “criterio jurisdiccional convencional” obliga a los jueces, incluidos todos sus órganos, lo mismo a quienes tengan funciones jurisdiccionales o colaboren o tengan relación con el poder judicial, y el “criterio autoritativo convencional” obliga a cumplir el CCV a todas las autoridades administrativas o públicas, es decir, a todos los agentes de los Estado parte. Estos momentos identificados, se podría decir, que serían una escala de medición para identificar o explicar el grado de asimilación que tienen los Estados con respecto al cumplimiento en el ejercicio del CCV, esto es si se encuentran en el primer criterio sería un nivel “leve”, si están en el segundo sería un cumplimiento “intermedio”, si se ubican dentro del tercer momento sería “amplio”, y si están dentro del último momento sería “total”. Estos criterios, por tanto, servirán para identificar el grado de cumplimiento o de acatamiento de los Estados al CCV.

Ahora bien, es claro que el CCV no puede ser aplicado de forma igual por todos los Estados parte del SIDH. Resulta esencial, entonces, el reconocimiento de las singularidades de cada uno de los ordenamientos jurídicos internos de cada Estado, debido a que su desarrollo y sistemas normativos dependen de la cultura, las tradiciones y las prácticas jurídicas particulares de cada país. Lograr una cierta flexibilización en la aplicación del CCV es un reto y una necesidad a los

cuales debe estar atenta la Corte IDH, si no quiere tropezar con la resistencia y oposición de los Estados parte, lo que puede terminar por afectar la estabilidad y el fortalecimiento del sistema regional de protección de los Derechos Humanos.

En Colombia, el Consejo de Estado ha venido asumiendo el papel de juez convencional o juez interamericano en el orden interno, como lo han demostrado sus recientes pronunciamientos, aunque hasta ahora limitados a las acciones de reparación directa de competencia de su Sección Tercera. En esta se ha destacado la inclusión del concepto del CCVD, también denominado subjetivo en las sentencias. La jurisprudencia de la mencionada sección ha pasado del nivel “leve”, que corresponde al momento del “criterio judicial convencional”, al nivel “total”, que es el “criterio autoritativo convencional”. Esta doctrina ha ido ganando cada vez más espacio dentro de las sentencias del máximo órgano de la jurisdicción contenciosa administrativa por tratarse del juez de los daños antijurídicos producidos por el Estado o el juez que debe repararlos. Además, por el papel que debe cumplir para afianzar y mantener el Estado Social de Derecho. Si los jueces administrativos siguen esta doctrina en la producción de sus sentencias acotando los criterios que adopte el Consejo de Estado en sus fallos de unificación, nos encontraríamos ante el carácter pretoriano de adopción del CCV en nuestro país al estilo del caso francés.

Por otra parte, los jueces nacionales y todas las demás autoridades públicas están en la obligación de aplicar el CCVD, porque constituye un compromiso internacional y una obligación nacional, además de cumplir con una función preventiva, entre más casos se resuelvan dentro del orden interno menos se debe acudir a instancias internacionales; a *contrario sensu*, entre más violaciones de derechos humanos donde no se reparen, más se habilita a que las personas soliciten a la CIDH que sus casos vayan a la Corte IDH. La responsabilidad del juez nacional y de las autoridades públicas es conocer el mecanismo y aplicar el CII en su totalidad.

EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD: ASPECTOS GENERALES EN EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS Y EN EL DERECHO COLOMBIANO*

Paola Alexandra Sierra Zamora
Jaime Cubides Cárdenas
Hugo Carrasco Soulé

Resumen

El presente capítulo propone el desarrollo evolutivo que ha tenido el Control de Convencionalidad (CCV), tanto en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH) como en el caso específico colombiano. Se resalta esa confrontación normativa que posee esta herramienta en sus métodos de aplicación para la protección de los derechos humanos en el SIDH, así como las diferentes vertientes que se han venido desarrollando en las distintas áreas del Derecho. Se sigue una metodología científica exploratoria con un enfoque analítico, desarrollado en dos ejes temáticos. En el primero, y de manera general, se hace énfasis en la definición del Control de Convencionalidad

.....
* Este capítulo de libro contiene resultados del proyecto de investigación: "La convencionalización del derecho: el caso del ordenamiento jurídico colombiano desde la justicia multinivel y el posconflicto", el cual hace parte de la línea de investigación "Fundamentos e implementación de los Derechos Humanos", del Grupo de Investigación: "Persona, Instituciones y Exigencias de Justicia", reconocido y categorizado en (B) por Colciencias, registrado con el código COL0120899, vinculado al Centro de Investigaciones Socio Jurídicas (Cisjuc) y adscrito y financiado por la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Colombia.

en todas sus directrices, y en específico, en lo que respecta al caso colombiano; en el segundo, se demuestra la aplicación del Control de Convencionalidad en diferentes áreas del derecho y la importancia que se le ha encomendado al Derecho Internacional de los derechos humanos. Finalmente, se concluye que el Control de Convencionalidad no se aplica solo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, sino, además, al *corpus iuris* vinculante para el Estado que ha firmado y ratificado la CADH.

Palabras clave: Sistema Interamericano de Derechos Humanos, Convención Americana de Derechos Humanos, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Control de Convencionalidad, Colombia.

Abstract

This chapter proposes the evolutionary development of the Control of Conventionality, both in the Inter-American System of Human Rights and in the specific case of Colombia. This legislative confrontation, which possesses this tool in its application methods of human rights' protection within the Inter-American System is emphasized, as the different aspects that have been developed in different areas of law. An exploratory scientific methodology is followed, with an analytical approach, developed in two main themes. First, and within a general aspect, we focus on the Control of Conventionality's definition and all its guidelines -and, in specifically, the Colombian case. Second, the Control of Conventionality's application in different areas of law is shown, as well as its importance for the international human rights law. Finally, we reach the conclusion that the Control of Conventionality is not only applied in the American Convention of Human Rights, but also in the *corpus iuris* that is binding for the State that has signed and ratified the Convention.

Keywords: Inter-American Human Rights System, American Convention of Human Rights, Inter-American Court of Human Rights, Inter-American Commission of Human Rights, Control of Conventionality, Colombia

Introducción

Este capítulo ofrece lo concerniente al análisis de la figura jurídica de mayor trascendencia en la actualidad, el denominado Control de Convencionalidad (CCV),

haciendo un estudio comparado con el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH) y una revisión específica al Estado colombiano.

Se analizará con profundidad, la situación nacional por la que está pasando y se confrontará con lo que ocurre en el SIDH, con el fin de determinar si la herramienta jurídica creada para la protección de los derechos humanos, como lo es el CCV, es determinante para el desarrollo jurídico internacional de los derechos humanos, tanto en el ámbito interno como en el internacional.

Para la comprensión cabal de la presente investigación, es elemental fijar criterios básicos determinantes de lo que es el CCV, su ideal funcionamiento, sus usos y géneros, y en específico, el papel primordial que cumple en el derecho internacional de los derechos humanos. No hay que olvidar la importancia que tiene esta figura jurídica en las diferentes áreas del derecho interno colombiano, por lo cual se emplean estándares internacionales fijados por la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre el contenido y el alcance que tiene cada una de ellas, en lo que tiene que ver con el CCV.

Además, el derecho internacional de los derechos humanos tiene como objetivo central instituir un régimen normativo e institucional imperativo que asegure la debida protección de la persona en el plano internacional, y garantizar con ello el respeto de los valores comunes al conjunto de Estados de la comunidad internacional (Abellán, 1997), en específico se estudiará a Colombia por ser actor principal de la presente investigación.

Es por esto que Colombia ratifica la jurisdicción contenciosa de la Corte IDH el 21 de junio de 1985; donde las condenas proferidas por este Tribunal versan acerca de la acción u omisión de los agentes estatales por violación de derechos humanos (Chacón, Cubides, Díaz, Martínez, Vargas y Vivas, 2015. p. 38); pero lo que nos interesa en este capítulo es determinar las condiciones por las cuales el CCV es definitivo en el mundo del derecho internacional, sin dejar de lado los otros instrumentos jurídicos internacionales que comprometen a Colombia, en específico, los tratados que ejercen una doble influencia en el derecho interno, que por un lado, incorporan a la legislación interna como un conjunto de normas que permiten reforzar el debido proceso legal (artículos 7, 8, 9, 25 y otros del Pacto de San José) y, por otro, le dan a la Corte y a la Comisión la posibilidad de controlar los actos del Estado y, en particular, los de los jueces locales (Fappiano y Hitters, 2012a).

Se debe tener presente, además, que los Estados parte en la Convención deben garantizar el cumplimiento de las disposiciones y sus efectos propios en el plano de sus respectivos derechos internos. Este principio se aplica no solo en relación con las normas sustantivas de los tratados de derechos humanos, sino también con las normas procesales como las que se refieren al cumplimiento de las decisiones de la Corte (Barrios, 2006, p.369). Estas obligaciones deben ser interpretadas y aplicadas de manera que la garantía protegida sea práctica y eficaz, de acuerdo con la naturaleza especial de los tratados sobre derechos humanos. Y es aquí, en donde el CCV juega su papel más importante en la protección de los derechos humanos y en el Derecho Internacional. Esto se debe a que los órganos judiciales de cada país latinoamericano firmante de la CADH tienen una doble tarea: (1) ejercer el llamado control de constitucionalidad y (2) un CCV.

El primero consiste en hacer una comparación entre su Constitución y las normas que, por su rango, están por debajo de ella y darle prioridad a la primera (Hitters, 2009). El segundo, de acuerdo con Bazán (2011), consiste en juzgar en casos concretos si un acto o una normativa de derecho interno resulta incompatible con la CADH y disponer, en consecuencia, la reforma o la abrogación de dichas prácticas o normas, según corresponda, en orden a la protección de los derechos humanos y la preservación de la vigencia suprema de tal convención y de los otros instrumentos internacionales fundamentales en este campo (Martínez y Cubides, 2015, p. 97).

Para finalizar, se llevarán a cabo unas conclusiones fijas y reales del panorama actual que atraviesa tanto el CCV en el derecho interno colombiano como su real funcionamiento en el ámbito internacional de los derechos humanos, porque Colombia ha sido ambigua en afirmar la existencia material del CCV dentro del Estado y esto afecta de sobremanera la relación jurídico-internacional que se pretende al emplear esta figura en el Derecho Internacional, y la posible construcción del *ius commune interamericano* con estándares válidos tanto para Colombia, como para todos los Estados.

Elementos definitorios del Control de Convencionalidad (CCV)

Sistema Interamericano de Derechos Humanos

Un fenómeno jurídico se ha venido desarrollando en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (en adelante SIDH) desde el año 2003⁴⁸, es el llamado ejercicio del CCV. El cual ha ocasionado que los órganos de justicia supranacionales señalen que los jueces nacionales tienen la obligación de inaplicar aquellas normas internas que vulneren los derechos humanos, ello por la primacía y eficacia directa que presentan los tratados internacionales de derechos humanos que se hayan suscrito (Benavente, 2012, p. 19).

Dicho lo anterior, y en un acercamiento teórico de lo que es el CCV, se aclara que es el acto de control que efectúa el juez nacional en cuanto a la conformidad de la norma interna respecto de la norma internacional y, más específicamente, en cuanto a la conformidad de la ley, a los tratados internacionales respecto de los cuales, el Estado ha consentido en obligarse (Aguilar, 2016, p. 721).

Es así, como dentro de la CADH tienen relevancia, para este estudio, los artículos 1.1 y 2, debido a que contienen las obligaciones de respeto, garantía y adecuación en el SIDH⁴⁹. Citando expresamente el artículo 1.1:

Los Estados parte en esta convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

.....
48 Se hace especial referencia a una serie de pronunciamientos en donde la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha empleado el control de convencionalidad, resaltándose los siguientes: Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala (2003), Caso Almonacid Arellano vs. Chile (2006), Caso Cantuta vs. Perú (2006), Caso Rosendo Radilla vs. México (2009), Caso Rosendo Cantú y otras vs. México (2010), Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia (2010), Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México (2010).

49 "Uno de los impactos de los regímenes internos del SIDH es que provoca la reorganización de las competencias de las autoridades para que en todos los niveles de gobierno existan medidas de prevención de derecho, así como capacidad de investigación, sanción y reparación de tales violaciones cuando se hayan producido" (Carbonell, 2013, p. 139).

El reconocimiento y exaltación de los derechos humanos como factores supremos hace que se consolide un nuevo orden extraterritorial, en el que tratados, convenciones y pactos forman un cuerpo normativo universal que no limita a una jurisdicción o competencia determinada, sino que opera en el marco de una competencia y jurisdicción única, universal y transnacional (Pérez y Pozas, 2014, p. 98), es por eso que se le debe dar real importancia al desarrollo progresivo que ha tenido el CCV.

Además, el artículo 2 indica que si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados parte se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades (Méndez, 2015, p. 12), claro, sin importar sus legislaciones internas, porque como Estados parte se hacen responsable de todas las obligaciones que se derivan de la CADH, sin más.

Por otro lado, la Corte IDH surge como la institución que hace valer la CADH, lo que representa una pieza fundamental de todo el SIDH. Es la intérprete última de la convención y, de hecho, la Corte tiene una doble función, la primera es de carácter consultiva, mientras que la segunda es de carácter jurisdiccional. Dentro de la primera, los estados miembros de la OEA y sus órganos principales y la Comisión, pueden consultar (la) acerca de la interpretación de esta convención o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos (Pía, 2007, p. 218).

Es por eso que las obligaciones que contiene la CADH, sobre respetar los derechos y el deber de garantizar el pleno ejercicio de los mismos, no se agotan con la existencia de un orden normativo que haga cumplir los supuestos legales (Alcalá, 2015, p. 322), lo que sería una necesidad de una conducta gubernamental por parte de las autoridades, sino que sea una real garantía al pleno ejercicio de los derechos contenidos en el mismo instrumento jurídico.

Así mismo, los tratados internacionales de derechos humanos establecen la obligación por parte de los Estados al respeto y a la aplicación de medidas serias y reales-administrativas, sin importar su tipo y poder, para de alguna manera, fomentar el debido cumplimiento. Se hace especial énfasis a reales medidas administrativas porque son de carácter obligatorio al ser parte de la CADH,

obligándose como Estados parte. Por lo tanto, la Corte IDH, en el evento en que el derecho interno (Constitución, ley, actos administrativos, jurisprudencia, prácticas administrativas o judiciales, etc.) es incompatible con la CADH u otros tratados internacionales aplicables, tiene la obligación primordial de garantizar la supremacía de la CADH (Rey, 2008, p. 47), y es entonces donde el CCV se precisa como una herramienta activa para el respeto y la garantía de los derechos definidos en el pacto internacional aquí mencionado.

Avanzando en este razonamiento, para que las normas internacionales realmente operen, el Estado debe establecer, además, recursos adecuados y eficaces que los individuos puedan ejercer para reclamar la violación a sus derechos humanos (Medina, 2005). Cuestión que el CCV instaura, y afirma, además, el debido cumplimiento por parte de los Estados que han sido condenados por este Tribunal.

Al concentrarse en el estudio específico de ciertas definiciones hechas por varios académicos, se tiene que CCV se define como:

El cumplimiento que se les debe a las sentencias transnacionales de la Corte IDH como un precedente jurisprudencial que evita cometer reiteradamente las mismas faltas contra la CADH. El ejercicio supranacional obliga a los Estados a tener en cuenta los fallos del Tribunal Interamericano, como jurisprudencia vinculante una vez sea proveída tanto en el campo internacional como en sus relaciones internas (Vivas y Cubides, 2012).

El CCV, se insiste, se produce a partir del desarrollo jurisprudencial que se dio ante la Corte IDH en sus primeros años, la cual, se limitó a interpretar el contenido de los derechos humanos consagrados en el instrumento internacional, pero no en la creación de mecanismos procesales transnacionales que tuvieran alguna injerencia sobre el derecho interno” (Mora, 2012, p. 226), proceso que el CCV sí logró.

El “CCV” establecido por la Corte IDH en el caso “Almonacid Arellano”⁵⁰ y completado por otros, especialmente “Trabajadores cesados del Congreso”, ordena a los jueces nacionales reputar inválidas las normas internas (incluida la

50 Atendiendo a algunos antecedentes precisos en votos aislados emitidos en otros pronunciamientos, la sentencia pronunciada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “Almonacid Arellano y otros contra el Gobierno de Chile”, del 26 de septiembre del 2006, definió claramente, dentro del marco de vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el “control de convencionalidad” a practicarse por los jueces nacionales sobre el tema, cfr., entre otros, Hitters (2008), p. 1169; Albaneses (2008), pp. 22 y ss., con mención de los antecedentes en el derecho comunitario europeo y mención del libro de Sudré, F. (2004), p. 207; Rey (2008), nota 1, *passim*. El caso “Almonacid Arellano” puede leerse por ejemplo en Revista de Derecho, Montevideo, Universidad Católica del Uruguay, N° 02, 2007, pp. 217 y ss.

Constitución) opuestas a la CADH y a la interpretación dada a esta, por la Corte IDH. Es, entonces, un instrumento eficaz para construir un *ius commune* interamericano en materia de derechos personales y constitucionales y su éxito depende del acierto de las sentencias de la Corte IDH y de la voluntad de seguimiento de los tribunales nacionales (Sagües, 2011, p. 271).

Se debe agregar que el voto concurrente que el Juez García Ramírez⁵¹ emitió en el caso *Myrna Mack Chang vs. Guatemala*, resuelto el 25 de noviembre del 2003 señala, en primer lugar, que para que se produzcan los efectos de la CADH y del ejercicio empleado en la jurisdicción contenciosa de la Corte IDH, como se ha reiterado en este estudio, el Estado se hace parte en forma integral como un todo. Por lo tanto, la responsabilidad es global, atañe el derecho interno de cada Estado, y es por esta razón que el CCV tiene la responsabilidad máxima de la jurisdicción de la Corte IDH sobre el régimen convencional al que los Estados deben acatarse (Benavente, 2012, p. 229)⁵².

Es claro que se está ante una responsabilidad internacional (o también “responsabilidad convencional”) por parte de los Estados, es decir, la forma de adecuar las obligaciones a las que se comprometen todos los Estados que hacen parte del pacto internacional, a toda su normatividad interna, y a lo convenido o firmado en los instrumentos internacionales a los que se han adherido (CADH, 1969), puesto que la norma internacional se convierte en parte íntegra de su legislación interna con preferencia de aplicación.

Como resultado de lo anterior, se precisa que existe un control que puede ser ejercido por los organismos de protección de derechos humanos supranacionales, el cual se encuentra en estipulaciones hechas por los Estados contratantes y, en efecto, aquellos países que forman parte del SIDH facultan a la Corte IDH para que ejerza control en el cumplimiento de los estipulado en la CADH.

51 García, (2011), ex juez de la Corte IDH, señala que existen dos posibilidades para el ejercicio del control jurisdiccional de constitucionalidad de leyes: concentrado, que deposita ese control en un órgano jurisdiccional supremo, y difuso, que asigna el control a un amplio número de juzgadores, acaso a todos los titulares de la función jurisdiccional llamados a pronunciarse sobre la constitucionalidad de las normas internas que, en principio, deben aplicar y se encuentran autorizadas para “desaplicar” o invalidar, eventualmente, esas disposiciones cuando las consideran incompatibles con la ley fundamental a la que debieran ajustarse (García, 2011, p. 150).

52 En tal situación se puede deducir que un Estado se somete a las cláusulas de protección internacional de derechos humanos, según el Sistema al que se someta su compromiso de respeto a las obligaciones internacionales, y se extiende, desde todos los niveles de estructura horizontal del Estado, hasta todos los órganos públicos, advirtiéndose que no tiene excepción de acatamiento.

Es por eso, que en el caso *Myrna Mack Chang*, el entonces Juez García Ramírez entendió que Guatemala como país contratante del Pacto de San José tiene toda la responsabilidad convencional de que tanto sus órganos públicos como sus órganos jurídicos cumplan con lo estipulado en el mismo. Y es aquí donde se ve plasmada, una vez más, la facultad de control y vigilancia en torno a las cláusulas del convenio, lo que llamamos CCV.

El CCV es más complejo de lo que se piensa, además de hacer una comparación de normas internas respecto a la CADH, el juez local debe tener conocimientos sobre la jurisprudencia de la Corte IDH, así como conocer el *juris corpus* del SIDH. La información actualizada de lo que acontece dentro del SIDH es requisito indispensable de cada juez local si se quieren hacer valer los derechos humanos en su legislación interna e internacional.

El ejercer el CCV implica no sólo dejar de aplicar la regla o el principio inconvencional, sino hacer una interpretación conforme, es decir, armonizar el derecho interno a los parámetros del SIDH, lo que implica una labor de construcción de los operadores jurídicos del derecho interno más que limitarse a la aplicación basada en la lógica formal (Martínez, Pérez y Cubides, 2015, p. 119). Una de las fórmulas constitucionales más efectivas para lograr la armonización entre el derecho nacional y el derecho internacional es a través de la llamada cláusula de interpretación conforme. En términos generales, se podría sintetizar como la técnica hermenéutica por medio de la cual los derechos y las libertades constitucionales son armonizadas con valores, principios y normas contenidas en los tratados internacionales sobre derechos humanos signados por los Estados, así como por la jurisprudencia de los tribunales internacionales (y en ocasiones otras resoluciones y fuentes internacionales), para lograr su mayor eficacia y protección (Ferrer, 2011, p. 612).

Caso colombiano

Ahora, el enfoque se dirige al caso colombiano, para decir que existe la posibilidad de aplicar la excepción de inconstitucionalidad, la cual sería una modalidad difusa del control de constitucionalidad, que se explicará más adelante.

Este sería, entonces, el objetivo fundamental del CCV:

a) Hacer respetar y cumplir el contenido de los tratados internacionales jurídicamente vinculantes al Estado demandado.

b) Hacer respetar y cumplir el contenido de la jurisprudencia emanada de la interpretación y aplicación de los convenios y protocolos internacionales.

Este control de convencionalidad podría mencionarse como un ejemplo de un constitucionalismo global, en la medida en que requiere un Estado abierto y, en términos de Häberle, un Estado constitucional cooperativo (Häberle, 2003, p. 58). Desde el punto de vista del enfoque de la argumentación y juicio jurisdiccional, el Estado abierto nos dice que:

[n]o se trata, por tanto, de integrar con nuevos derechos supuestas lagunas originarias o sobrevenidas de los textos constitucionales, sino de garantizar una interpretación de los derechos constitucionales por parte de todos los operadores jurídicos que sea, al menos, internacionalmente homologable, lo que se ha denominado una interpretación internacionalmente conforme, nunca por debajo del estándar internacional, aunque naturalmente puede estar por encima (Pérez, 2012, p. 585).

Este tipo de constitucionalismo revela “la actual tendencia en el constitucionalismo mundial a prestigiar las normas internacionales destinadas a la protección del ser humano” (Cavallo, 2016, p. 115). Aun cuando hay corrientes que apuntan a simplificar el control de convencionalidad, lo que se hace evidente es que en este control hay muchos más elementos en juego. Todo este desarrollo teórico, en cierta medida propositivo y diagnóstico, en crecientes ocasiones se puede palpar en la práctica judicial, tanto nacional como internacional.

Antecedentes del Control de Convencionalidad (CCV)

Siguiendo las palabras del Doctor Jaime Alfonso Cubides Cárdenas (2013, p. 108), debe resaltarse la noción que él tiene sobre el CCV. Ciertamente, inició sus desarrollos más tempranos en el derecho interno de los Estados y, particularmente, en la esfera del derecho constitucional francés. Dicha figura es una creación jurisprudencial hecha por el Consejo Constitucional en 1975, que luego fue ratificada por el Consejo de Estado Francés en 1989, y ha sido expuesta en diferentes fallos insignias o sentencias hitos o “*leading case*”, reconocidos en distintas latitudes desde la década de los setenta.

El punto de partida de la historia del CCV se da en Francia, para una decisión célebre del Consejo Constitucional: la decisión núm. 74-54 DC del 15 de enero de 1975, denominada *Interruption volontaire de grossesse* (Interrupción voluntaria del embarazo) (IVG). En esa oportunidad, el Consejo determinó que el CCV no es un control de constitucionalidad y, por ende, el control de la adecuación de leyes ordinarias a los tratados, fundamentalmente a la Convenio Europeo de Derechos Humanos (en adelante CEDH), corresponde a las jurisdicciones ordinarias (Cárdenes, 2012).

En este momento crucial de la historia, el Tribunal Contencioso Francés se pronunciaba sobre una ley relativa a la interrupción voluntaria del embarazo. Y es aquí donde el Consejo Constitucional Francés se negó a integrar el derecho internacional en el “bloque de constitucionalidad”, considerando que su competencia se limitaba a la estricta confrontación de las leyes con las disposiciones del texto constitucional. Lo que conlleva a que nos situemos en el cumplimiento del artículo 55 y de la sanción de no conformidad de las leyes a los tratados o acuerdos internacionales que contiene la Constitución Francesa, y el Tribunal Francés indicó que esta tarea correspondía a los órganos jurisdiccionales ordinarios. Así, la doctrina del Consejo Constitucional fue asimilada rápidamente por el Tribunal de casación que asumió, por su cuenta, la distinción entre el control de constitucionalidad (reservado al Consejo Constitucional) y el CCV (conferido a los órganos jurisdiccionales ordinarios, Consejo de Estado y el Tribunal de Casación) (Pinon, 2010).

A partir de la interpretación del precitado artículo 55, y por medio de cambio jurisprudencial de la época, se emite la sentencia “hito” del 24 de mayo de 1975 por parte de la Corte de Casación, que declaró que el artículo 55 de la Constitución francesa autorizaba al juez a inaplicar una ley contraria a un tratado internacional, incluso cuando este fuese anterior a la norma (Fromont, 2002). Esto se debió a que tenía que darse un desarrollo jurisprudencial con trascendencia formal dentro de la jurisprudencia francesa y, en ese momento, no se tenía.

Ahora, debe tenerse en cuenta que ha sido la Corte IDH el órgano que conceptualizó esta figura a fin de impulsar la armonización entre los ordenamientos jurídicos nacionales e internacionales (Serrano, 2011). De manera puntual, se hace referencia de forma preferente a un voto concurrente emitido por el destacado jurista mexicano Juez de la Corte IDH, Sergio García Ramírez, en el Caso

Myrna Mack Chang vs. Guatemala (2003), porque utilizó por primera vez la expresión “Control de Convencionalidad”, la cual trae consigo la jurisdicción de la Corte (Bazán, 2011, p. 69). Esto con el fin de resaltar la importancia para el desarrollo del CCV.

Y, a *grosso modo*, se van purificando las diferencias, se van edificando las deficiencias o implementando las reformas necesarias para ajustar el orden nacional al internacional (Londoño, 2005), claro en materia de derechos humanos y a fin de evitar futuras violaciones de estos derechos que podrían culminar en condenas similares (Cubides, 2012, pp. 108-112).

Así mismo, la Corte IDH reafirma el CCV en el caso *Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú*, del 24 de noviembre del 2006. En suma, dijo:

“Cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque el efecto útil de la Convención no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin”.

Lo que hace evidente que los órganos del poder judicial, como ya lo hemos mencionado en el presente escrito, deben ejercer no solo un control de constitucionalidad, sino también un CCV *ex officio* (Carpizo, 2013. pp. 939-971) entre las normas internas y la CADH (haciendo respetar, claro está, las competencias respectivas y procedimientos procesales respectivos).

Existe, entonces, un mínimo de legitimidad democrática de la Corte IDH en el CCV de las constituciones y leyes internas de los Estados parte de la CADH, porque estos aceptaron, desde sus inicios, la competencia contenciosa de la Corte, como también en razón de la finalidad que justifica el ejercicio del CCV, la cual corresponde a la garantía de los derechos humanos (Castaño, 2015, p. 39).

Más aún, el Control de Constitucionalidad con el cual se hará el paralelismo en un apartado más adelante, lograr señalar a cada una de estas figuras, siguiendo a Canosa (2015): “La acción del poder constituyente, cuyo fruto, la Constitución, resulta ser norma suprema” (p. 32).

Se puede ver como el principio democrático de soberanía nacional evoluciona en el principio jurídico de supremacía constitucional, cuya defensa se articula a través de la justicia constitucional (Vergottini, 2015, p. 40). Es más, los tratados internacionales carecen de ese origen democrático directo o representativo, pero lo tienen indirecto a través del consentimiento de los Estados, y poseen, en alguna

medida, autolegitimación, la cual les da esa función de garantía efectiva de los derechos que expresan valores democráticos (De la Garza, 2015, p. 690).

Así, en definitiva, el CCV implica la necesidad de despojarse de una serie importante de lastres histórico-dogmáticos muy arraigados en la ciencia jurídica, derribar una serie de mitos (*v. gr.* la supremacía exclusiva de la Constitución) y, en definitiva, evidenciar un nuevo paradigma del derecho público de los países del SIDH (Jinesta, 2015, p. 3).

Control de Convencionalidad: tipología

Según quien realice el CCV, se puede distinguir entre el CCV concentrado (si lo efectúa la propia Corte IDH), y el CCV difuso (si lo llevan a cabo las autoridades nacionales, es decir, más concretamente, los órganos judiciales). Dicho lo anterior, al primero le corresponde el alcance de la Convención de la que es intérprete suprema. Así y sin ir muy lejos, aparece un problema realmente mayúsculo al intentar obligar a los Estados a proteger los derechos convencionales en los términos que especifica la Corte IDH. En otras palabras, hacer de su interpretación una herramienta de satisfacción para la víctima (dependiendo el caso). Y en el segundo, en donde todos los órganos judiciales, tanto el internacional como los nacionales, tomarían el rol adecuado para la eficaz interpretación de esta herramienta (Canosa, 2015, p. 31).

Hasta este punto, hay que resaltar que la Corte IDH tiene en el área iberoamericana un procedimiento excepcional que ha labrado con la extensión de sus propias competencias (Canosa, 2015, p. 27). Así, ha llevado a sus fallos no solo a compensaciones económicas con las víctimas, sino también a unas medidas muy legislativas que hicieran imposibles nuevos casos⁵³, para referir que la Corte IDH haya ordenado que las autoridades nacionales (jueces nacionales) lleven a cabo un CCV del derecho interno, lo que hace que los mismos jueces nacionales se conviertan en jueces del SIDH (Alcalá, 2015, p. 322).

Es así como la verdadera jerarquización de la CADH en el orden jurídico nacional ayuda o perjudica la transmisión al CCV (Cavallo, 2016, p. 120), lo que asombra hasta este punto es que con la Corte IDH se traza un paralelismo entre

53 Acerca del contenido de los fallos de la Corte IDH. Cfr. Cancado Trindade, A. en el caso *Aloeboetoe y otros vs. Surinam* (4 de diciembre de 1991).

el control constitucional y el CCV, y se logra deducir que este último es también tarea de los Estados y no solo de la Corte IDH. Lo anterior se debe a que la Corte IDH se hace suprema en lo que tiene que ver con el tema del CCV, porque sí o porque no, los Estados deberán seguir las pautas marcadas por esta.

Así lo sigue sosteniendo el Juez Sergio García Ramírez en su famoso voto concurrente realizado en el caso *Myrna Mack Chang vs. Guatemala*, en donde, como vimos, se asumió con mayor fuerza este tipo de herramientas auxiliares del derecho internacional de los derechos humanos y, a partir de ahí, se viene siguiendo en la mayoría de casos de la Corte IDH, por ejemplo, caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, del 26 de noviembre del 2006 (Canosa, 2015, p. 29).

Control Concentrado de Convencionalidad

Ahora, y siguiendo el hilo conductor de la investigación, el Control Concentrado o Control Interno de Convencionalidad se refiere, siguiendo a Sergio García, a:

“la potestad conferida o reconocida a determinados órganos jurisdiccionales —o a todos los órganos jurisdiccionales, como *infra* veremos— para verificar la congruencia entre actos internos —así, esencialmente, las disposiciones domésticas de alcance general: Constituciones, leyes, reglamentos, etcétera— con las disposiciones del derecho internacional (que en la hipótesis que me interesa reduciré a una de sus expresiones: el derecho internacional de los derechos humanos, y más estrictamente el derecho interamericano de esa materia)” (2011, p. 126).

Desde luego, el control interno de convencionalidad supone cierto margen nacional de apreciación, y esto sucede cuando el tribunal nacional despliega el control de convencionalidad en ausencia de definiciones supranacionales, entonces las decisiones de aquél no tienen alcance *erga omnes*, es decir que puede fijar criterios provisionales, interpartes, sujetos a control nacional inmediato, a través de un régimen de “cuestiones de inconventionalidad”, puesto que, en buena medida, trabajarán a partir de la jurisprudencia de la Corte Interamericana (García y Morales, 2013, p. 170).

La idea y la práctica del control interno de convencionalidad descansan en la eficacia que se reconozca a los actos que integran el derecho internacional de los derechos humanos (González, 2016, p. 4), puesto que se trata, precisamente, de acoger la fuerza de estos en el ámbito nacional e imprimirles mayor o menor

imperio. De ahí la doble fuente de los derechos humanos, esto es, la composición dual del estatuto de los derechos fundamentales del hombre contemporáneo: interna e internacional.

En el estudio del control interno de convencionalidad, viene a cuentas la responsabilidad internacional del Estado, en tanto se trata de establecer no solamente si el juzgador doméstico puede ejercer dicho control, sino si debe ejercerlo (López, 2015, p. 8). A este deber, sujeto a examen, se añaden otras manifestaciones de una obligación judicial: ante todo, el ejercicio oficioso del control (que además actualiza, en esta vertiente, la operación del principio *jura novit curia*) y, por supuesto, las consecuencias jurídicas del incumplimiento.

En definitiva, el Control Concentrado de Convencionalidad, siguiendo a (Ferrer, 2012, p. 8), es el que se refiere a las facultades que tiene en sí misma la Corte IDH para resolver los casos contenciosos sometidos a consideración, como ya se dijo, haciendo el papel de guardián e intérprete final de la CADH.

Control de Convencionalidad Difuso

Una de las principales novedades del SIDH es el llamado “Control de Convencionalidad Difuso” y se ha reiterado en 16 casos contenciosos desde sus inicios. Dada su importancia, hay que decir que sus características se asemejan más al sistema de derecho comunitario y, particularmente, a las facultades del Tribunal de Luxemburgo que a las del Tribunal de Estrasburgo (Ferrer, 2011).

Así, vale decir nuevamente que el examen de compatibilidad que los jueces deben realizar entre los actos y las normas nacionales, la CADH y la jurisprudencia de la Corte IDH, tiene que ser definitivo en la interpretación de dicho pacto (Ayala, 2015, p. 85). Se trata, por lo tanto, de un control “difuso” de convencionalidad en la medida en que es un “deber” que es ejercido por todos los jueces nacionales y no solo por los jueces constitucionales, conservando (la Corte IDH), en todo caso, su calidad de “intérprete última de la CADH” cuando no se logre la eficaz tutela de los derechos humanos en el ámbito interno.

El grado de “intensidad” con el que se realiza dicho control depende de las competencias y las regulaciones procesales a las que los jueces se encuentren sometidos. Así, en los llamados sistemas “difusos” de control de constitucionalidad donde todos los jueces tienen competencia para dejar de aplicar una ley,

al caso concreto por contravenir la Constitución nacional, el grado de “control de convencionalidad” (Ferrer, 2010, p. 186) entra y enfrenta ese rol protector e “invasor” (en el buen sentido de la palabra) para lograr esa armonización que se quiere llevar a cabo.

Hecha esta salvedad, la jurisprudencia de la Corte IDH ha precisado que dicho control se debe realizar *ex officio*, con independencia de que las partes lo invoquen (Castillo, 2014, p. 90). De ahí que en el ámbito interno se crea que se pueden proceder recursos o medios de defensa adecuados y eficaces para combatir la falta o el inadecuado ejercicio del “control de convencionalidad difuso” por algún juez (por ejemplo, a través de una apelación, recurso de casación o proceso de amparo).

Ahora, el “parámetro” del “control difuso de convencionalidad” no sólo comprende la CADH, sino también los “protocolos” adicionales a la misma, así como otros instrumentos internacionales que han sido motivo de integración al *corpus juris* interamericano por parte de la jurisprudencia de la Corte IDH (Ferrer, 2011, p. 950)⁵⁴.

En cambio, la Corte IDH realiza un control concentrado de convencionalidad cuando se verifica que las normas internas, las conductas y los actos de los Estados parte de la CADH son acordes y no violenten su contenido (contenido que se explicará más adelante). Los Estados, en el ámbito de sus competencias y dentro de los procedimientos que las leyes les establecen, deben realizar el control difuso de la convencionalidad, bajo los mismos parámetros que lo hace la Corte IDH. En estos casos, los jueces nacionales deben hacer la misma revisión que haría la Corte, sobre la legislación que aplican o sobre las conductas que realizan los distintos órganos del Estado para asegurarse que estos no contraríen a la CADH, fungiendo como una especie de jueces interamericanos de protección de derechos (Corte IDH. Caso de Cabrera y Montiel, 2010).

Diferencias con el Control de Constitucionalidad

El Control de Constitucionalidad está consagrado en el artículo 241 de la Constitución Política de Colombia, la cual, establece que a ella corresponde:

54 Estamos convencidos que esta nueva doctrina jurisprudencial se convertirá (con sus desarrollos que seguramente seguirá teniendo) en el nuevo referente jurisdiccional para los jueces latinoamericanos, cuestión importante para resaltar en el avance hacia esta nueva figura jurídica.

Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que promuevan los ciudadanos contra los actos reformativos de la Constitución, cualquiera que sea su origen, solo por vicios de procedimiento en su formación.

En este sentido, la participación ciudadana en el ejercicio democrático de protección de la Constitución fortalece los espacios deliberativos; y para la Corte Constitucional, el sentido del control por vicios de forma es el de permitir a los ciudadanos, particularmente a quienes han estado próximos a los debates parlamentarios, la oportunidad de plantear (ante la Corte) las deficiencias en el trámite de un proyecto que en su concepto tenga como consecuencia la inconstitucionalidad del mismo (Corte Constitucional, 2002, Sentencia C - 614).

Hoy en día, los órganos judiciales de cada país firmante de la CADH tienen una doble tarea que realizar. Por un lado, ejercer el llamado Control de Constitucionalidad y por el otro, un CCV. El primero, consiste en realizar una comparación entre su Constitución y las normas que, por su rango, están por debajo de ella, debiendo darle prioridad a la primera (Hitters, 2009, p. 110). Mientras que el segundo consiste en:

Juzgar —en casos concretos— si un acto o una normativa de derecho interno resultan incompatibles con la CADH, disponiendo en consecuencia la reforma o la abrogación de dichas prácticas o normas, según corresponda, en orden a la protección de los derechos humanos y la preservación de la vigencia suprema de tal Convención y de otros instrumentos internacionales fundamentales en este campo (González, 2012, p. 2).

En este tipo de control, los tribunales o cortes constitucionales revisan la constitucionalidad y —para algunos Estados americanos— la convencionalidad de las leyes, declarando su adecuación o inadecuación a principios, derechos, normas y preceptos consagrados en la Carta Política y en la CADH; sin embargo, este accionar “judicial” es bastante complejo y problemático, en la medida en que entra en ámbitos políticos propios del legislador, cuando este desarrolla y regula en exceso negativo los derechos fundamentales o se extralimita en la expedición de leyes contrarias a la Constitución Nacional y a la CADH (Durango y Garay, 2015, p. 101).

De modo que, el control de constitucionalidad es el que investiga la congruencia de las normas infraconstitucionales con la norma fundamental en su vertiente concentrada o difusa, la cual puede ir desde su derogación *erga omnes*

en el primer caso, hasta la inaplicación para el caso concreto. En el segundo, por el contrario, el CCV se focaliza en detectar la consistencia de la normativa interna con un plexo convencional internacional, determinando eventualmente la responsabilidad internacional del Estado (Carnota, 2011, p. 64).

Derecho procesal convencional de los derechos humanos

El derecho procesal convencional de los derechos humanos es el medio de garantía jurisdiccional de carácter internacional constituido con base en sistemas regionales para tutelar derechos sustantivos previstos en tratados, convenios, protocolos y otros (Martínez y Cubides, 2015). Cabe señalar que todavía nos encontramos en la frontera entre el derecho procesal constitucional (ocupado de afirmar la supremacía constitucional nacional), y el derecho procesal transnacional, el cual atiende, entre otros menesteres, los procesos que se diligencian ante la magistratura transnacional, incluyendo el de su ejecución en los ámbitos estatales domésticos (Sagüés y Cruz, 2008). Por lo que sobra decir que es una propuesta nueva que tiene como finalidad la de abarcar todo el tema procesal convencional que trae consigo el CCV, y que, por lo tanto, tiende a desarrollarse por sí mismo, entre otras cosas, para el fortalecimiento de los sistemas regionales de protección de derechos humanos y así generar avances dentro de los diferentes sistemas normativos a los que se encuentra expuesto este tipo de derecho procesal convencional (Martínez y Cubides, 2015). p. 172.

Este tipo de derecho, además, cuenta con su propia jurisdicción, doctrina y reglamentación procesal, con la cual debe diferenciarse en dos perspectivas: una sustantiva y otra procesal, pero hay que decir que para que se logre esto, debería existir un derecho procesal convencional internacional (que cuente con una jurisdicción internacional, con independencia normativa y fuentes propias).

Debe entenderse, entonces, como un instrumento de regularidad normativa que impacta la norma convencional, creando así validez internacional para generar una efectiva protección de los derechos humanos. Cuestión que todavía se encuentra en pleno desarrollo, pero que tiene trascendencia internacional a la hora de ponerse en relieve.

Aplicación del Control de Convencionalidad (CCV): implementación del CCV en las diferentes disciplinas del derecho

La administración pública tiene la obligación de efectuar un CCV, y no es posible dejar de hablar acerca de la posible operatividad y compatibilidad de este control con relación al procedimiento administrativo (Batlle, 2012). Bien es sabido que la concepción del CCV en sede interna no es funcional porque se concibe a los jueces como los únicos responsables para ejercer este tipo de control, pero que, al relacionar la vinculatoriedad de la administración a los instrumentos internacionales de derechos humanos (en base al principio de legalidad)⁵⁵ con la evolución jurisprudencial del CCV, expuesta más arriba, se ve, cómo es posible evidenciar que el CCV ya no es solo tarea de los jueces, sino además de todos los órganos del Estado que inciden en la garantía de los derechos humanos (Jinesta, 2012, p. 2). Además, en la actualidad, “el CCV (...) constituye un novedoso tópico que revoluciona las fuentes del Derecho Administrativo interno y desde luego, el ejercicio del control de legalidad (...)” (Jinesta, 2011, p. 3).

En adelante, se iniciará este recorrido planteando desde el Derecho Administrativo, la posibilidad de ejercer en sede administrativa el CCV. Lo fundamental es, la comparación de los principios que rigen en materia de procedimiento administrativo con los del CCV.

El Control de Convencionalidad en el procedimiento administrativo

La administración pública en sus actuaciones crea “un marco de derechos y obligaciones tanto para sus administrados como para la propia Administración” (Victoria, 2011, p. 117); sin embargo, estas actividades están supeditadas a un cauce formal y es solo en virtud de este que podrá manifestarse la voluntad administrativa (Pérez, 2009, p. 25). Así, el procedimiento administrativo puede ser traducido como “el instrumento jurídico por el que se viabiliza el actuar de la relación Administrado-Administración” (Roberto, 2001), ya que es, “el procedimiento de la función administrativa” (Curiel, 2014, p. 20).

.....
55 Cabe añadir que el principio de legalidad “se caracteriza, no solamente por su elemento sustantivo, el reconocimiento y miela de los derechos públicos subjetivos, sino también por la forma como este objetivo se obtiene, vale decir, el sometimiento de la Administración al ordenamiento jurídico”. Por tanto, el principio de legalidad no es mero otorgador potestativo de la Administración, sino que toda su unidad jurídica constituye su propio límite (Cruceta, J. A., 2001).

Con esto se quiere decir que el procedimiento administrativo sirve como “un instrumento de gobierno y de control” (Curiel, 2014, p. 69), porque, por un lado, comprende todas las facultades del Estado de llevar a cabo actuaciones para generar el bien común (situaciones *erga omnes*) y, por el otro, actúa como ayuda de protección de los derechos mediante los controles recursivos de cada Estado que existan al momento de una violación (Gozáini, 2002, p.53).

Ahora, es de resaltar que existen múltiples procedimientos administrativos que en general y para nuestro interés, se pueden dividir en procedimientos que dan “nacimiento a los actos administrativos” y “procedimientos recursivos” (los llevados a cabo en ocasión a la impugnación de actos administrativos). Al respecto, ambos procedimientos configuran “garantías formales a favor del administrado que le aseguran el ejercicio del poder de reacción frente a los actos perjudiciales a sus derechos subjetivos e intereses legítimos, permitiéndole conseguir la extinción, modificación o reforma de los actos administrativos lesivos” (Cassagne, 2008, p. 235).

Esto es de vital importancia porque desde el entendido de que la Administración, tanto en los procedimientos de formulación de actos como en los procedimientos de recursos, deberá ejercer el CCV, siempre y cuando de ellos dependan de la protección de derechos humanos de particulares, y ya no en situaciones *erga omnes*. Siguiendo a Gregorio A. Flax (2008):

La regla del debido proceso se extiende a cualquier cauce formal y procedimental de actuación estatal, resalta que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos estableció la obligación de que los procedimientos administrativos cuenten con reglas claras en lo atinente al accionar de los agentes estatales a fin de limitar los márgenes de discrecionalidad (p. 47).

Y una vez más, para los jueces y tribunales del orden contencioso-administrativo, el CCV constituye todo un reto y complemento en el ejercicio de su función de fiscalizar la conformidad sustancial con el ordenamiento jurídico de la función administrativa (Bazán, 2011, p. 68). Más aún cuando el CCV le impone al Juez contencioso-administrativo responsabilidades adicionales, por cuanto, debe seguirle el paso al derecho internacional regional sobre los derechos humanos y a los pronunciamientos de la Corte IDH en cuanto intérprete definitivo y último de ese orden jurídico (Morelos, 2015, pp. 28-59).

En suma, el CCV ejercido por las jurisdicciones constitucional y contencioso-administrativa de todos los países de América y, en último término, por la propia Corte IDH, permitirá crear un Derecho Administrativo Común Interamericano (Cavallo, 2011, pp. 51-83), sustentado sobre la plataforma del orden jurídico regional de los derechos humanos, tema que es importante para el desarrollo del CCV en los diferentes ordenamientos jurídicos y estatales, pero que no es tesis central en la presente investigación, y por tanto, no se le dará su debido estudio. Razón por la cual, lo que se quiere evidenciar es un posible derecho administrativo común interamericano con énfasis al CCV.

Interpretación conforme y CCV

La interpretación conforme a la CADH en sede administrativa, no es solo mandato supranacional, sino que en muchos países latinoamericanos es mandato constitucional. Así, como resalta Ferrer (2011):

Todos los órganos de la administración pública deberán ajustar su actuación conforme a la nueva pauta interpretativa de derechos humanos, lo cual constituye un “deber” y no puede nunca ser “optativo” o “facultativo” para el intérprete de la norma en materia de derechos humanos (p. 549).

Sin embargo, la administración debe ser afín con los estándares del SIDH. Por tanto, es evidente que la interpretación conforme a la CADH y los demás tratados relativos a derechos humanos, deberá aplicar igualmente frente a normas locales convencionales (Batlle, 2012).

Ahora bien, existirán ocasiones en que la administración se encontrará imposibilitada de lograr una interpretación convencional, porque todas las interpretaciones logradas podrían ser inconvencionales, dado que la norma superior en examen produce “una incompatibilidad directa e insuperable” (Alcalá, 2000. pp. 227-279) con la CADH. Esto es a lo que Sagüés llama como “*resultado represivo o destructivo*” del CCV, según el cual, dicha norma deberá ser inaplicada al caso en cuestión (Sagüés, 2012, p. 422). Pero, en ocasión a un CCV administrativo, la entidad administrativa solo podrá inaplicar dicha norma al asunto en cuestión con efecto interpartes, puesto que el principio de jerarquía normativa le impide derogar cualquier disposición legal que le sea superior (Pascual, 2001. pp. 59-106).

En definitiva, la armonización del derecho interno y del interamericano de los derechos humanos que se puede lograr mediante los pronunciamientos, tanto de la Corte IDH, los tribunales constitucionales nacionales y la jurisdicción ordinaria local, nos permite identificar un *ius commune administrativo interamericano* (Parra, 2010, p. 293) que habrá de ir siendo perfilado y desarrollado paulatinamente (Jinesta, 2011), con el fin de armonizar e implementar en las diferentes legislaciones, conforme a los parámetros de la CADH y en protección de los derechos humanos, pero, se reitera, este no es tema central del presente estudio.

Implementación del Control de Convencionalidad en el procedimiento penal

Hasta este punto se puede afirmar que toda autoridad judicial tiene la obligación de velar, proteger y garantizar el respeto de los derechos humanos y dentro de este deber está la decisión, por parte de los jueces, de no aplicar una norma jurídica que colisione con la Constitución y con los tratados internacionales que se suscribieron en materia de derechos humanos (Benavente, 2012, p. 323).

Este CCV de las normas penales se efectuará en su modalidad difusa⁵⁶, por lo que debe existir un tipo de organismo público que obligue a cumplir lo referido en las decisiones jurisprudenciales efectuadas por la Corte IDH, el cual, está a cargo por el juez del ámbito penal (sea que se esté ante un juez de instrucción o ante un juez de control de garantías) (Londoño, 2010, p. 765).

Siendo esto así, el juez de control de garantías, como representante del poder judicial, es el llamado a cumplir con el CCV en aquellos actos sometidos a su conocimiento por los compromisos internacionales asumidos por un determinado país (Juárez, 2013, pp. 51-97) y, al ser autoridades en las que también reposa el deber de aplicar aquellas normas (en un determinado modelo de investigación penal) que estén en el campo de prevención del delito, tienen la misma obligación convencional, porque se encuentran dentro de sus funciones y operaciones jurisdiccionales.

56 Porque, como se da dicho en el título anterior, se debe ejercer por cualquier órgano público del país que se ha adscrito a un modelo de sistema de protección de derechos humanos (universal o regional).

Principios y Control de Convencionalidad de las normas penales

En el ejercicio del control difuso de convencionalidad de las normas penales, se pretende dar paso a los siguientes principios:

a) Principio de Buena Fe y del *effet utile*

Este principio se desprende del conocido principio *Pacta Sunt Servanda*, el cual constituye el fundamento para que los tratados internacionales sean cumplidos por la parte de los Estados nacionales (Ridruejo, 2012). Es así como se tiene el deber y la obligación de dictar las medidas necesarias para hacer efectivos los derechos y las libertades reconocidas en la norma convencional. Esto es debido a que las obligaciones internacionales deben ser cumplidas de buena fe⁵⁷.

En el ámbito penal, el proceso punitivo (sujeto a la competencia del juez) puede realizar interpretaciones de las diferentes disposiciones nacionales que sean conformes al *corpus iuris convencional* (Alianak, 2015, pp. 283-300.), e incluso a inaplicar aquellas que resulten infructuosas al bloque de convencionalidad.

b) Principio *Pro homine*

Este principio está contemplado en el artículo 5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y en el artículo 29 de la CADH, por lo que debe aplicarse en forma obligatoria por los jueces convencionales, según corresponda (Villanueva, 2012, p. 6).

c) Principio *ius cogens*

Este principio designa las reglas de carácter imperativo (no dispositivas), las cuales derivan de un orden superior de normas legales establecidas que no pueden ser contravenidas (Rojas, 2013, p. 493).

En suma, la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos y la jurisprudencia de los órganos de justicia supranacionales cristalizan las grandes decisiones tomadas o adquiridas por la noción en materia de política

57 Corte, I.D.H. Responsabilidad Internacional por Expedición y Aplicación de Leyes Violatorias de la Convención (arts. 1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-14/94 del 9 de diciembre de 1994.

criminal (Binder, 2002), teniendo en cuenta y no violentando el derecho interno e internacional, dando así especial protección a los derechos humanos.

En este apartado se quiso proporcionar una fuente secundaria para demostrar el alcance que tiene el CCV de los derechos humanos en su sentido difuso, fijando criterios de aplicación al derecho procesal penal.

El principio de proporcionalidad

El principio de proporcionalidad ha sido empleado por los jueces constitucionales en diferentes espacios del derecho y más exactamente en el derecho constitucional, pero en relación al ámbito penal, señala la Corte Constitucional de Colombia en Sentencia C - 070 de 1996, el M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz:

El ámbito de control en esta sede se reduce entonces a realizar un juicio de proporcionalidad respecto del ejercicio de la potestad de configuración del Legislador en materia punitiva. Sobre el punto, la jurisprudencia constitucional ha deducido el principio de proporcionalidad o “prohibición de exceso”, de los artículos 1º (Estado social de derecho, principio de dignidad humana), 2º (principio de efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución), 5º (reconocimiento de los derechos inalienables de la persona), 6º (responsabilidad por extralimitación de las funciones públicas), 11 (prohibición de la pena de muerte), 12 (prohibición de tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes), 13 (principio de igualdad) y 214 de la Constitución (proporcionalidad de las medidas excepcionales). La Corte ha concluido entonces, que, “sólo el uso proporcionado del poder punitivo del Estado, esto es acorde con el marco de derechos y libertades constitucionales, garantiza la vigencia de un orden social justo, fundado en la dignidad y la solidaridad humanas.

Humberto Nogueira (2011, pp. 119-156), en su estudio en torno a la aplicación del mencionado principio por parte de la Corte IDH, comenta que este es de aplicación tanto por los legisladores como por los jueces, lo cual constituye un parámetro de control que se aplica cuando el legislador limita o restringe un derecho constitucional. Este principio, en otras palabras, constituye un principio de interpretación, en el cual se apoya el operador jurídico cuando, en vía de acción directa o incidental, necesita resolver problemas de compatibilidad o de conformidad de las normas constitucionales en relación con las normas legales y administrativas (Pulido, 2014, p. 110). Es de resaltar que el principio de

proporcionalidad es empleado en el examen tanto de normas jurídicas como de actos de autoridad. Con relación a las leyes, el principio de proporcionalidad las examina bajo la relación medio-fin (Blanke, 2010, pp. 343-351), es decir, las leyes secundarias serán proporcionales cuando posibiliten la optimización de fines constitucionales. Y, con relación a los actos de autoridad, este principio (relación medio-fin) indaga en el comportamiento funcional de los agentes que conforman el aparato de poder público y son compatibles o conformes con el marco constitucional que rige las relaciones inter-públicas, pública-privada e inter-privadas (Benavente, 2012, pp. 365-376). Sin embargo, el citado principio se ha difundido a las jurisdicciones internacionales de derechos humanos, llegándose a postular que este principio es un aparato del CCV para analizar la legitimidad de cualquier restricción normativa o acto de autoridad, para lo cual se efectuara el respectivo control de compatibilidad.

Ahora bien, para determinar si una ley o un acto de autoridad resulta o no compatible con el principio de proporcionalidad, es preciso integrar en la formulación de un método estructural de razonamiento (Legris, 1999, pp. 115-132). En este sentido, se analizará el principio de proporcionalidad a través de tres postulados: (1) el de adecuación o conformidad de los medios, (2) el de la necesidad y (3) el de proporcionalidad en sentido estricto (Fernández, 2010).

Los tres operan colectivamente, es decir, que no basta con cumplir uno de los tres, sino que todos deben ser asumidos para que el precepto normativo o acto de autoridad se considere legítimo, válido y racional.

Examen de adecuación o conformidad de los medios a los fines

En primer término, se debe analizar la finalidad tanto de la medida legislativa como el acto de autoridad en estudio, con la finalidad, de que resulte constitucional o convencionalmente válida (Benavente, 2012).

En relación al CCV, debe distinguirse entre el objetivo inmediato y la finalidad mediata de la medida o acto de autoridad. Con esta finalidad, se justifica normativamente en abstracto la legitimidad del objetivo de la medida restrictiva; luego, debe llevarse a cabo un juicio de idoneidad entre la medida legislativa o acto de autoridad de intervención y el fin constitucional (Villanueva, 2010, pp. 29-55). En caso de no existir esa relación, la medida legislativa o acto de autoridad será

inconstitucional y, por lo tanto, la relación convencional no habrá de existir, por lo que rompe con la legitimidad del objeto.

Este postulado, junto con el control de constitucionalidad de normas o actos de autoridad, cuando son confrontados con el bloque de protección de derechos humanos (sean normas nacionales y supranacionales) podrá perseguir fines puramente convencionales y legítimos (Alcalá, 2012, pp. 1167-1220), excluyendo cualquier medio que no sea conducente a un fin legítimo (de este depende su desarrollo normativo).

Intervención mínima

De acuerdo con este postulado, es necesario analizar si la norma o el acto de autoridad restrictivo constituyen una medida indispensable, no existiendo otra medida alternativa a la considerada que sea igualmente efectiva, para lograr la finalidad constitucional o convención legítima de la que hemos venido hablando (Yáñez, 2015, p. 25). Este postulado puede ser aplicado tanto en el ámbito de control de constitucional, como en el campo del CCV.

En consecuencia, este examen conlleva a una comparación de medios, tanto en relación con su mayor o menor incidencia sobre el contenido del derecho constitucional, como en relación con su mayor o menor adecuación para la consecución de la finalidad propuesta. Es así como en el ámbito del CCV, el operador jurídico puede encontrarse con la existencia de diversos enunciados normativos, donde unos tengan una dimensión menos restrictiva de los derechos humanos que otras (en la medida en que sean convencionales para este caso) y de esto dependerá si los medios la hacen válida para el examen normativo que se lleva a cabo.

Examen de proporcionalidad en sentido estricto

Este postulado examina si la limitación o restricción producida al o a los derechos constituye una medida equilibrada y justa, entre el beneficio para el bien común y el perjuicio que sufre el derecho afectado (análisis ponderativo) (Alexy, 2007, p. 20). Con esto, el beneficio obtenido debe ser proporcional a la carga impuesta a ellos, debiendo existir una justa medida, impidiendo medidas desproporcionadas que afecten los derechos.

El control de las medidas cautelares

En principio, es posible definir las medidas cautelares como aquellas restricciones que impone el juez al imputado (O'Donnell, 2004, p. 43) en torno al ejercicio de determinados derechos constitucionales, sobre la base de indicios que permiten hablar, por un lado, de un *periculum libertatis*, reflejando tanto el riesgo de frustración procesal como de peligrosidad procesal del imputado y, por otro, de un *fumus bonis iuris*, esto es la presencia de hechos aparentemente delictivos que se le atribuyen al imputado (Benavente, 2012) (Velásquez, 2010).

Se aclara que es usual que en la literatura se haga referencia al CCV normativo como el único referente de los derechos internacionales de los derechos humanos (Benavente, 2012, p. 152), sin embargo, en el presente estudio se ha demostrado que el CCV contiene otras modalidades y ámbitos de aplicación según corresponda y siguiendo el estudio del derecho penal, se puede afirmar que este gira en torno a aquellos actos que intervienen en el proceso penal con sus diversidades procedimentales, si es que así puede llamarse.

También, cabe decir que esta función de control gira en torno a la legalidad de la técnica de investigación y medida cautelar requerida por el ente encargado, en este caso el Ministerio Público, lo cual lo convierte en un tipo de juicio de convencionalidad que se hace sobre el acto que la autoridad ministerial solicita que sea impuesta por el órgano jurisdiccional (no sobre la norma jurídica), es decir, el control de los actos y requerimientos del Ministerio Público durante la etapa de investigación penal presenta un trasfondo constitucional y convencional, el cual hace que sean de obligatorio cumplimiento en el ordenamiento jurídico interno de cada país, según corresponda (Canizalez, Rivas, y Torres, 2012, p. 58).

En cuanto al *periculum libertatis*, y siguiendo el estudio, es el riesgo de frustración procesal (Tortosa, 2007, p. 79), aquel cuya realización imposibilita la válida prosecución del proceso y la realización de su fin esencial, es decir, que nos enfrentamos a la eventual ausencia de un requisito sustantivo del proceso (Benavente, 2012, p. 393).

Ahora bien, de la confluencia del riesgo de frustración y la peligrosidad procesal, se advierte que las medidas cautelares son instrumentos con los que cuenta el proceso para autoprotegerse, es decir, mecanismos que garantizan que el proceso continuará y no se verá suspendido o concluido por ausencia

de alguno de sus elementos sustantivos, como lo es la presencia del imputado en el proceso, existencia de fuentes de prueba para acceder a los hechos que constituyen el objeto de la *litis* y la ejecución de las consecuencias jurídicas (Benavente, 2012. p. 395).

Es por esto que entendemos el porqué en un sistema jurídico donde se proclama el derecho a la presunción de inocencia, dado que se hace posible imponer medidas cautelares al imputado, sucede que en el juicio cautelar se analiza (en donde existe la presencia de un riesgo para el debido proceso) la conducta maliciosa del imputado en el proceso y se busca alterar alguno de los componentes aquí descritos, por ser esenciales de la relación jurídico-procesal, para así evitar el pronunciamiento (válido) en torno a los hechos que la constituyen⁵⁸; sin embargo, la medida cautelar es una herramienta que además sirve para proteger al proceso, por lo que se requiere estar bajo una relación jurídico-procesal, la cual es un modelo de instrucción de la cual se encarga el juez, o el modelo de investigación fiscal cuando el Ministerio Público formula imputación (López, y Sánchez, 2008, pp. 317-352).

Por otro lado, el *periculum libertatis* y el *fumus bonis iuris* adoptan medidas cautelares de un contenido normativo-valorativo propio, y no impiden afirmar la presencia de instrucción de instituciones jurídicas afines (Benavente, 2012, p. 397).

Principios y reglas procesales

a) Principio de legalidad

Solamente por ley se pueden crear medidas cautelares, dado que no solamente se busca evitar una obstaculización en el normal desarrollo del proceso, sino que son instrumentos que inciden en derechos convencionales como la libertad o la propiedad, a través de las medidas cautelares personales y reales, las cuales implican situaciones como reclusión en un centro preventivo o internamiento en un centro psiquiátrico.

58 Para decir que la presunción de inocencia es un derecho convencional (art. 11.1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, artículo 14.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y políticos, artículo 8.2 de la CADH, y artículo 6.2 del Convenio de Roma).

b) Principio de judicialidad

Significa que el juez es el órgano llamado a imponer una medida cautelar mediante resolución fundada y motivada, por el tiempo necesario. En ese orden de ideas, se requiere estar en el marco de un proceso cuya investigación esté formalizada (formulación de imputación), con conocimiento del asunto por parte del juez, en observancia de las reglas de competencia.

c) Finalidad cautelar⁵⁹

La imposición de una medida cautelar descansa en un objetivo, el cual puede ser: I. Asegurar la presencia del imputado al proceso, II. Garantizar la seguridad de la víctima, de los testigos o de la comunidad, III. Evitar la obstaculización del proceso, incluyendo el aseguramiento del éxito de las investigaciones, IV. Garantizar la reparación del daño, y V. Garantizar la ejecución de la sentencia.

d) Actuación judicial oficiosa

El juez está sometido a lo planteado por las partes en el juicio cautelar, sin embargo, podrá imponer una medida cautelar diferente a la requerida por la autoridad ministerial, siempre y cuando, no sea más gravosa a la solicitada; o bien, puede prescindir de toda medida cautelar cuando considere la ausencia de motivos o de una necesidad de tutela cautelar.

e) Necesidad de audiencia

Cuando se solicite la imposición, revisión, sustitución, modificación o cese de una medida cautelar, el juez deberá convocar a una audiencia para oír a las partes, quienes podrán presentar los antecedentes que estimen pertinentes.

f) Material probatorio

Toda decisión judicial relativa a una medida cautelar debe descansar en una decisión que permita, razonablemente, inferir la presencia de un hecho delictuoso

.....
59 Se debe aclarar que en ningún caso la medida cautelar podrá ser usada como medio para obtener un reconocimiento de culpabilidad o verse como una sanción penal anticipada.

y la probable intervención del imputado; así como el riesgo procesal y la peligrosidad procesal del imputado.

g) Provisionalidad

Toda medida cautelar está condicionada a la cláusula *rebus sic standibus*, esto es, si varía la situación jurídica que justifica la imposición de una medida cautelar, entonces dicha medida podrá ser modificada conforme a las reglas señaladas en la respectiva legislación.

h) Impugnación

Todas las decisiones judiciales relativas a medidas cautelares son impugnables. El recurso impugnatorio que se impondrá será sin efecto suspensivo, esto es, que no suspende la ejecución de la resolución.

Como se aprecia, si bien dichas medidas están pensadas en coadyuvar con el normal desarrollo de las investigaciones, también hacen parte de las medidas de protección que presentan sus propios requisitos y reglas de instrumentación.

Implementación del Control de Convencionalidad en el derecho internacional público: el *ius constitutionale commune* en América Latina

El CCV en el plano externo al Estado y en el ámbito del derecho internacional constituye la competencia asignada a un tribunal internacional o supranacional para que este determine cuándo los Estados parte, a través de sus normas u actos, vulneran el derecho convencional y generan, a través de ellos, responsabilidad internacional. En el caso del SIDH, ese tribunal es la Corte IDH, a la cual se le ha dotado de jurisdicción vinculante cuyas decisiones irrecurribles constituyen obligaciones de resultado para los Estados parte, como, asimismo, para cada uno de los órganos y agentes estatales que lo integran, entre ellos sus jueces (Nogueira, 2012).

Si en los Estados radica la soberanía, era indispensable que los mismos ordenamientos jurídicos o la práctica de sus máximos intérpretes se abriera al derecho internacional de los derechos humanos (Canosa, 2015, p. 22), y asimismo,

permitiera la recepción nacional de tales tratados y de su interpretación suprema, la cual está a cargo de la Corte IDH.

Es así, como el concepto *Ius Constitutionale Commune* en América Latina se refiere, tanto al derecho positivo como al discurso jurídico sobre el mismo. Referirse al fenómeno, en tanto que derecho común (*Ius Commune*), consiste en la nueva apertura de los ordenamientos jurídicos estatales latinoamericanos hacia un estrato común de derecho internacional público, sobre todo hacia la CADH (Bogdandy, 2015). Aunque esta apertura se exprese únicamente en uno o pocos artículos de las constituciones, se sostiene que tal apertura afecta y transforma la esencia del constitucionalismo.

Por lo tanto, los derechos constitucionales estatales y el derecho internacional público se encuentran en una relación de fortalecimiento mutuo, están llamados a realizar las garantías y las promesas del así llamado “bloque de constitucionalidad”. Esta apertura es entonces una expresión de un desarrollo común, que además les confiere a los ordenamientos jurídicos estatales una orientación mutua. De allí, que luzca muy congruente que la Corte IDH describa el conjunto de los tratados de derechos humanos como un *corpus iuris*.

Desde aquí, el núcleo del *Ius Constitutionale Commune* es distinto. Se trata de asegurar, a nivel regional, la implementación de las decisiones y el cumplimiento de las promesas centrales de las constituciones estatales. El eje del *Ius Constitutionale Commune* está compuesto por los derechos fundamentales y humanos, y a menudo se habla del *Ius Constitutionale Commune* como un *Ius Constitutionale Commune* en derechos humanos.

Tres razones principales lo explican. En primer lugar, el contenido transformador de las constituciones se plasma, principalmente, en las disposiciones sobre derechos fundamentales. En segundo lugar, estos derechos son la “piedra angular” de la movilización de la sociedad civil. Por último, son las sentencias judiciales sobre derechos fundamentales y humanos —a menudo, un producto de la lucha de grupos sociales— las que dotan al *Ius Constitutionale Commune* con una energía de carácter específicamente jurídico.

Hoy en día, parece indudable que tales derechos ya han tenido un impacto fuerte y probablemente transformador en América Latina, aunque su garantía efectiva no siempre es una realidad, los derechos han proporcionado un lenguaje común —jurídico, pero también político y social— que antes no existía para

debatir los retos y los estándares, no solo entre juristas, sino también en el discurso político y público.

La función principal del plano internacional consiste entonces en inclinar la balanza del poder en el plano estatal interno a favor de los proyectos constitucionales con vocación transformadora. Por consiguiente, el SIDH es el mecanismo regional más importante para afianzar el constitucionalismo, pero hay que decir que no es el único, la Carta Democrática Interamericana es otro de estos mecanismos.

Se trata, por lo tanto, de una resolución de la Organización de Estados Americanos (en adelante OEA) sin carácter vinculante, pero que contiene un mecanismo de control que ya se utilizó en el pasado para la promoción de la democracia. Otro mecanismo que también tiene como objeto la consolidación del constitucionalismo lo encontramos en el Mercosur. Si bien la integración económica es el enfoque primordial de este régimen, este también ha dirigido su atención hacia cuestiones de carácter constitucional (Bogdandy, 2105).

La figura central de esta discusión se denomina CCV y representa el núcleo doctrinal del *Ius Constitutionale Commune*.

Gracias al proceso de democratización, la permeabilidad fue la opción consciente y deliberada de los constituyentes nacionales en las Cartas Fundamentales de los últimos años del siglo XX y la primera del siglo XXI, en doble vía: una, incorporar al derecho internacional los atributos y garantías de los derechos asegurados por el derecho internacional convencional de los derechos humanos como estándar mínimo de los ordenamientos jurídicos nacionales, y otra, para regular la participación en la integración (Morales, 2014, pp. 265-300).

El paradigma de la internacionalización, entendida como humanización, se ha encauzado tanto por el rango constitucional que se les asigna a los tratados de derechos humanos, su primacía sobre el derecho interno, incluso sobre el derecho constitucional mediante las cláusulas de “prevalencia” (Mera, 2011, p. 20), así como la interpretación de los derechos fundamentales constitucionales a la luz del derecho internacional de los derechos humanos (Albanese, 2008, p. 111). El Estado y la soberanía no desaparecen, sino que se han transformado en conceptos ajustados a los nuevos tiempos, lo que hace que se vincule con las nuevas formas de articulación del espacio político (Bayón, 2007, p. 2).

Por todo lo anterior, lo que se quiere es seguir impulsando el desarrollo normativo, constitucional y jurisprudencial, que lleva consigo el CCV en el ámbito del *Corpus iuris*, de todo del derecho internacional de los derechos humanos, para lograr su efectiva aplicación en las diferentes modalidades y alcances.

Conclusiones

Al analizar los fallos sancionatorios que comprometen al Estado colombiano, se puede observar la falta de compromiso que se tiene al asumirlos. Se puede determinar que si no se adoptan medidas propias en mejora del estamento judicial colombiano, será más difícil cumplir con las órdenes impuestas por la Corte Interamericana, lo que retarda su aplicación. Además, la falta de herramientas jurídicas que posee la Corte IDH para obligar a un Estado a cumplir con las sanciones impuestas, es nada a la hora de condenar al Estado.

El SIDH tiene como fin último asegurar que los Estados parte puedan ajustar o armonizar sus normas con la jurisprudencia de la Corte IDH, la cual está basada principalmente en la CADH. Aunque no se descarta que también existe jurisprudencia de la Corte IDH basada en jurisprudencia de otros Estados, es decir, la idea del doble diálogo entre la Corte IDH y los Estados es válida, porque como se ha señalado anteriormente, al realizar el CCV se debe aplicar el principio *pro homine*, por lo que no se descarta la posibilidad de que incluso un Estado parte tenga mayor protección sobre algún derecho humano que la que ofrece la Corte IDH.

En cuanto al papel de la Corte IDH, este se ha vuelto cada más complejo y completo al ser el intérprete final de la CADH. Asimismo, tiene las facultades de apoyarse en el *corpus juris* y de otros tratados internacionales que contengan derechos humanos.

El avance constitucional del derecho procesal convencional de los derechos humanos, es un instrumento de regularidad que impacta en toda norma sin importar la jerarquía interna de esta, funcionando más que completaría, invasiva y profiláctica.

El control difuso de convencionalidad no sólo implica dejar de aplicar las normas de derecho nacional, sino lo más importante, armonizar las actuaciones jurisdiccionales mediante la interpretación conforme, que implica actuar,

metafóricamente hablando, más que como un “legislador negativo” como un “legislador constructor”, al emitir normas individualizadas a los casos concretos.

Ejercer el control difuso convencional implica, en sí mismo, ejercer el control difuso de constitucionalidad, ya que independientemente de la fuente internacional que marca la exigencia, las propias constituciones así lo reconocen, sin dejar de reconocer que se trata de dos jurisdicciones diferentes: la nacional y la universal o regional.

La Corte IDH no ejerce un control concentrado de convencionalidad, porque este sistema excluye al difuso. En Latinoamérica, el modelo es el control difuso de convencional de derechos humanos y la Corte IDH es la instancia superior de interpretación del *Corpus Iuris Latinoamericano*. Así, el CCV debe representar una respuesta para evitar que un nuevo caso resulte sometido a conocimiento del SIDH, o que un Estado reincida en la comisión de un acto generador de responsabilidad internacional, una vez emitida una sentencia de la Corte Interamericana que lo involucre.

La celebración de tratados internacionales y la aceptación de competencia de tribunales internacionales para condenar a los Estados está ante un planteamiento clásico al concepto de soberanía. Dado que este se entendía como la no injerencia de lo internacional sobre lo interno, cuando lo cierto es que, diariamente, el derecho internacional tiene más atribuciones sobre el derecho interno en cada una de las tradicionales ramas del poder público, ya sea ordenando la creación de políticas públicas por parte del ejecutivo, o la creación de leyes por parte del congreso, o la correcta administración de justicia en un sentido u otro.

El tradicional e importante principio de supremacía constitucional sigue vigente, pero con la salvedad de que él da paso ahora al principio de supremacía convencional, toda vez que, al ser el derecho internacional vinculante para el derecho interno, las ramas del poder público de los Estados deben someterse a la supremacía de la convención, *so pena* de incurrir en futuras violaciones de derechos humanos y en ser objeto de controles de convencionalidad.

Los jueces nacionales se convierten en los primeros intérpretes de la normatividad internacional, si se considera el carácter subsidiario, complementario y coadyuvante de los órganos interamericanos con respecto a los previstos en el ámbito interno de los Estados americanos y la nueva “misión” que ahora tienen para salvaguardar el *corpus juris* interamericano a través de este nuevo “control”.

El desarrollo descrito de incorporación del derecho internacional de los derechos humanos en sede nacional, también se debe a las propias jurisdicciones domésticas, especialmente a las altas jurisdicciones constitucionales que progresivamente han privilegiado interpretaciones que favorecen y posibilitan la recepción de los derechos humanos previstos en los tratados internacionales. Se forma un auténtico “bloque de constitucionalidad”, que si bien varía de país a país, la tendencia es considerar dentro del mismo no solo a los derechos humanos previstos en los pactos internacionales, sino también a la propia jurisprudencia de la Corte IDH. Así, en algunas ocasiones el “bloque de convencionalidad” queda subsumido en el “bloque de constitucionalidad”, por lo que, realizar el “control de constitucionalidad” también se efectúa “control de convencionalidad”.

El CCV ha potenciado, en los Estados sujetos a la jurisdicción de la Corte IDH, la aplicación de un estándar mínimo de derechos humanos, el que, junto con el principio *pro homine*, ha estimulado la emergencia de un *ius commune* en derechos humanos, contribuyendo, al menos, en este aspecto y en este ámbito geográfico, a la concretización de un constitucionalismo global (Cavallo, 2016, p. 116).

El control de convencionalidad difuso implica las siguientes características: primero, todos los órganos del Estado parte, incluidos los jueces de todos los niveles, están obligados a velar por que los efectos de la Convención no se vean afectados por la aplicación de normas jurídicas internas contrarias a su objeto y fin, concretando un control de convencionalidad de estas últimas. Segundo, este control de convencionalidad debe ser efectuado por los órganos internos y los jueces de todo nivel *ex officio*, otorgándole un efecto útil y efectivo a la Convención Americana de Derechos Humanos. Tercero, en dicho control de convencionalidad debe considerarse no solo el tratado, sino la interpretación que de este realiza la Corte IDH como intérprete auténtico y final. Cuarto, los órganos internos, incluidos los jueces, deben efectuar dicho control dentro de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales vigentes. Quinto, en el control de convencionalidad no se aplica solo la Convención Americana sobre Derechos Humanos, sino el *corpus iuris* vinculante para el Estado parte en virtud del artículo 29 de la CADH. Y, sexto, dicho control de convencionalidad debe hacerse adecuándose a los principios establecidos por la Convención y las garantías judiciales que operan en la materia (Cavallo, 2016, p. 135).

Lo que pretendemos en este artículo es determinar si el control de convencionalidad es una manifestación del *ius constitutionale commune* basado en los derechos humanos en el ámbito interamericano. Esta idea se sustenta sobre la base de que, desde el siglo XX, los derechos humanos han articulado un cuerpo de normas básicas, un *corpus iuris*, comúnmente aceptadas por la comunidad internacional. En este sentido, las jurisdicciones internacionales de derechos humanos han jugado un rol fundamental en generar, a través de su interpretación, un entendimiento básico común de los derechos humanos. Así ha ocurrido con la Corte Europea de Derechos Humanos (CEDH) y así ha ocurrido con la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Con el control de convencionalidad, la Corte IDH solo les recuerda a los Estados parte que deben cumplir con sus obligaciones internacionales libremente asumidas. Si el ejercicio del control de convencionalidad es una obligación para los Estados parte, podría a esto denominársele, propiamente tal, diálogo entre jueces. El diálogo no implica el cumplimiento de obligaciones de acatamiento, ello simplemente es un deber de cumplimiento.

Por eso, se podría argumentar que, a partir de la actividad de los órganos de protección del sistema interamericano, en especial de la Corte IDH, en interacción con los distintos Estados partes, se han ido explicitando estándares mínimos comunes de derechos humanos. En este contexto, el control de convencionalidad lo único que hace es recordarles a los Estados —a cada uno de sus órganos y, en especial, a los jueces— que tienen la obligación de respetar y cumplir con sus obligaciones internacionales conforme con los estándares mínimos comunes de derechos humanos que se han ido construyendo en el sistema interamericano del que voluntariamente forman parte. La operacionalización del Control de Convencionalidad en el nivel interno de los Estados sería, en consecuencia, una vía idónea en el proceso de construcción de un *ius commune interamericanum*.

El CCV contribuye a erigir, detallar, enriquecer e impulsar la cultura jurídica común, conforme al proyecto favorecedor del ser humano y conductor del poder público. Para concluir, vale reiterar que cuando una administración pública efectuó un Control de Convencionalidad respecto de una norma de jerarquía superior, lo primero que habrá de hacer es interpretar la misma a la luz de la Convención, de no ser esto posible, lo único que le quedará por hacer será no aplicar la norma en la resolución de la cuestión. Lo que si no debe hacer la administración es dejar

•El control de convencionalidad: aspectos generales•

de llevar un Control de Convencionalidad bajo el pretexto de que una ley local le manda tal o cual cosa, pues con ello se estaría incurriendo en inconvencionalidad, violándose así el principio de legalidad, el derecho al debido proceso, la seguridad jurídica y demás derechos de los particulares que en el asunto se encuentren al amparo de dicha entidad.

LÍMITES DE LA JURISDICCIÓN MILITAR DETERMINADA EN LOS CASOS MEXICANOS ANTE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS QUE CREA DIRECTRICES PARA LOS ESTADOS PARTE DEL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS*

Alfonso Jaime Martínez Lazcano
Jaime Cubides Cárdenas
Daiana Ivonne Reyes García

La imparcialidad y la preparación judicial no garantiza la eficacia sin ética.
Alfonso J. Martínez Lazcano

* Este capítulo es resultado de los proyectos de investigación: "Justicia Multinivel y aplicabilidad del control de convencionalidad en la tutela judicial efectiva de los derechos humanos dentro de la Fuerza Pública colombiana", que hace parte de la línea de investigación: "Relaciones internacionales, seguridad y defensa" del Grupo de Investigación: "Estudios Internacionales", vinculado a la Facultad de Relaciones Internacionales, adscrito y financiado por la Escuela Militar de Cadetes Gral. José María Córdova, y del proyecto: "La convencionalización del derecho: el caso del ordenamiento jurídico colombiano desde la justicia multinivel y el posconflicto" que forma parte de la línea de investigación Fundamentación e implementación de los derechos humanos, del Grupo de investigación "Persona, instituciones y exigencias de justicia", registrado con el código COL0120899 en Colciencias, vinculado al Centro de Investigaciones Socio Jurídicas (Cisjuc), adscrito y financiado por la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Colombia, con participación de la Universidad Autónoma de Chiapas.

Resumen

La historia de América Latina ha registrado numerosos acontecimientos en los que se ven implicados miembros de las fuerzas militares y de la policía, en la comisión de graves violaciones a los derechos humanos, vulneraciones que, por demandas no solo nacionales sino regionales, exigen ser debidamente juzgadas. Estos deseos se ven menguados en la práctica por el fuero militar y por su propia jurisdicción, por esta razón resulta conveniente revisar los lineamientos regionales e internos que delimitan dichas disposiciones en pro del respeto por los derechos humanos, buscando establecer cuál de los dos resulta ser el más adecuado para cumplir la finalidad en mención; para ello, esta investigación se dividirá en tres ejes temáticos: i) un marco teórico sobre los estándares internos acerca de los límites a la jurisdicción militar, ii) límites regionales, y iii) aplicación interna de los preceptos supranacionales sobre el fuero militar.

Palabras clave: Derecho Humanos, Fuerzas Militares, Convención, Constitución, Control de Convencionalidad.

Abstract

The Latin American history has recorded numerous events involving members, members of military and police in the comision of serious violations of human rights, violations that not only national but regional demands require be properly judged, these desires in practice are diminished by the military courts, and in their own jurisdiction, for that reason it's appropriate to review the regional and internal guidelines that define these provisions for respect the human rights, seeking to establish which of the two turns out to be the most suitable to fulfill the purpose in question, to do this the research will be divided into three main themes: i) a theoretical framework on internal standars on limis to military jurisdiction, ii) regional limits iii) internal application of supranational precepts of the military court.

Keywords: Human Rights, Military Forces, Convention, Constitution, Conventionality Control.

Introducción

Uno de los grandes debates⁶⁰ que en la actualidad surgen alrededor de la protección de los derechos humanos consiste en la primacía que tienen para los ordenamientos internos las disposiciones internacionales en materia de derechos humanos sobre los mandatos nacionales que se tienen al respecto. Esta aparente superioridad se justifica por la autonomía e independencia, características propias de los sistemas regionales y universales, con lo cual se cree que siempre dichos sistemas prestan mayor garantía a los derechos de las personas, premisa que es debatible, pues hay un gran número de reglamentos constitucionales en los Estados que también perpetúan garantías igual de eficaces a las internacionales, por ende, la presente investigación busca responder a la siguiente pregunta: “¿Es necesaria la existencia de sistemas regionales de protección de Derechos Humanos en el ámbito convencional, cuando en el interno se cuenta con disposiciones análogas, inclusive de rango constitucional de carácter sustantivo y procesal que tutelan los derechos humanos para lograr su eficacia?”.

Con la finalidad de dar una adecuada solución al dilema presentado, se analizará el caso específico de los límites impuestos tanto regional como internamente a la jurisdicción penal militar en casos de violaciones a los derechos humanos, con el objeto de establecer la eficacia en dicho tema de los sistemas, logrando así dar la respuesta correspondiente al problema ya planteado.

Para el desarrollo de este capítulo, se tendrá como fundamento el análisis de cuatro sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH) que versan sobre la jurisdicción castrense en relación a los derechos humanos, al juez natural competente, independiente e imparcial, al acceso a la justicia y al debido proceso, especialmente en referencia con la aptitud de los ordenamientos internos para la protección efectiva de los derechos humanos.

60 Una de las formas como se materializa este debate es con la aplicación del Control de Convencionalidad (CCV) que en el ámbito internacional no tiene ningún problema, pues se ha ejercido de manera continua, no solo por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), sino prácticamente por otros tribunales internacionales en el ámbito de sus competencias. Pero en el ámbito interno, la situación no es igual, ya que en muchos países, y más para el caso de los órganos judiciales, el derecho de origen internacional incorporado en sus sistemas jurídicos prácticamente no existe y mucho menos es observado; tal como lo afirma Jaime Alfonso Cubides, en *Ambiente Jurídico* “El origen del Control de Convencionalidad (CCV) y sus implicaciones para los Estados que reconocen el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH)”, (2013). p. 120.

Estándares internos de protección (México y Colombia)

La Constitución mexicana, sin haber perdido vigencia, data del año 1917, tiempo en el cual ha sido objeto de infinidad de reformas, dado que con cada cambio en el poder ejecutivo se presentaban nuevos lineamientos constitucionales que implicaban intrínsecas transformaciones en el ordenamiento nacional, sin importar el partido político del que sea el presidente, con todo esto la actual Constitución mexicana ha sufrido más de 600 reformas, partiendo de esa realidad, es importante cuestionarse sobre la efectiva rigidez de dicha Constitución, pues se esperaba que con la prevención de procedimientos específicos para su reforma (Guastini, 2001) podía este tipo de Carta mantenerse sólida ante los cambios legislativos correspondientes; sin embargo, es necesario reconocer que con la existencia de un sin número de reformas, así mismo son grandes los avances y las bondades existentes en la Constitución mexicana, uno de los cuales fue el haberse constituido como la primera en el mundo que implementó en su texto derechos sociales, antes que la Alemana de Beimar, entendidos estos derechos de manera general como “las prácticas legales que tipifican el Estado de Bienestar” (Sosa, 2008).

En el caso colombiano, después de haber estado más de un siglo bajo las directrices de un Estado de Derecho benevolente ante las múltiples violaciones que se cometieron en la nación, se logró la promulgación de un nuevo ordenamiento constitucional que instituyó en el país un Estado Social de Derecho, donde el que dicho Estado tenía que estar sujeto a:

- a) La separación de funciones de los órganos del poder
- b) El ejercicio de la autoridad sobre las personas conforme a disposiciones ya establecidas y no retroactivas
- c) El respeto de los derechos y libertades individuales
- d) La reivindicación y tutela de los grupos sociales económicamente débiles (Valadés, 1994).

En síntesis, Colombia, a través de la Constitución de 1991, estableció como prioridad para toda la sociedad el interés general, sin que esto fuera aviso para fomentar o justificar la violación a derechos y libertades individuales, antes bien, se fortalecían en función del cumplimiento estricto de los principios fundantes

•Límites de la jurisdicción militar determinada en los casos mexicanos•

del nuevo ordenamiento jurídico, donde la igualdad, la legalidad, la favorabilidad y demás principios se impregnaban en toda la nación.

Supremacía constitucional

Con los acercamientos teóricos anteriormente presentados, es claro que las constituciones de los Estados ya enunciados tienen grandes avances en materia de protección a los derechos humanos, dentro de los cuales está la Supremacía Constitucional, la cual implica evitar que ningún acto u omisión de los poderes legislativo, ejecutivo, jurisdiccional y de órganos autónomos sean dictados en contra de lo previsto por la norma base del sistema nacional y para constar su “fuerza”, deben guardar lealtad y coherencia con los mandatos de la norma fundamental.

Hay que ligar a cada norma con una cadena de validez que entronca y desemboca en una norma común (o de base) “a” o “para” todas las demás; y esa norma es la Constitución, que en cuanto eficaz, confiere membrecía en y dentro del sistema a las otras normas derivadas que guardan fidelidad con ella. Allí reside, entonces la importancia de la interpretación desde la Constitución (German, 1993, p. 387).

Esta característica, taxativamente, se encuentra consagrada dentro del mismo articulado de las constituciones en mención, es de esta manera como la Constitución Política de Colombia establece que “la constitución es norma de normas. En todo caso, de incompatibilidad entre la constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales” (Constitución Política de Colombia, 1991, art. 4).

*Derecho procesal constitucional*⁶¹

Cuando se cuestione la inconstitucional de un acto u omisión, y la queja sea fundada, deberá anularse o cumplir con los mandatos superiores, respectivamente.

61 “Existe dentro de América Latina una nueva rama denominada Derecho Procesal Constitucional, esta nace de la preocupación de aplicar la justicia constitucional a través de la jurisdicción constitucional, las acciones constitucionales y los procesos constitucionales, afirmamos categóricamente la construcción de una nueva disciplina jurídica que está en crecimiento y expansión, y que dentro de sus antecedentes podemos mencionar la Constitucionalización del Derecho. El Derecho Procesal Constitucional tiene una relación inescindible con el fenómeno de la Constitucionalización del Derecho, puesto que el fin de esta nueva rama y de esta institución jurídica es la efectividad de los derechos, y es que los seres humanos tengan de forma real, material y palpable todos los derechos que han sido consagrados dentro de la Constitución Política de Colombia. Tal como lo afirma Jaime Alfonso Cubides Cardenas, en “La relación del fenómeno de la Constitucionalización del derecho con el derecho procesal constitucional” (Justicia Juris 8 n° 1, 2012, p. 27).

Así, hay una serie de procedimientos y procesos que deben ser garantía en el ámbito nacional para la eficacia plena de los derechos humanos plasmados en las constituciones.

No es que no existan medios de defensa de los derechos plasmados en las constituciones, ni instituciones encargadas para este fin, sino que es necesario que tengan eficacia.

Para garantizar la protección de los derechos establecidos dentro del marco jurídico de la Constitución, cada país de América Latina ha establecido un modelo de control constitucional, órgano u organismo que debe velar por la guarda de los derechos de sus ciudadanos a través de acciones, procesos y procedimientos que tienen como propósito impartir fallos o sentencias, mediante las cuales se restablezca o reparen los derechos que hayan sido vulnerados o trasgredidos (Cubides, 2013).

En el caso de los derechos humanos, es evidente que el problema no está en la falta de normas, sino en su incumplimiento. Nuestro orden jurídico garantiza plenamente los derechos del hombre, y así lo ha hecho prácticamente desde el inicio de nuestra vida independiente. Las conductas que afectan esos derechos han sido tipificadas como delitos y los instrumentos para su defensa siempre han existido. Uno de los problemas fundamentales que se plantea dentro de cualquier sistema democrático es garantizar a los ciudadanos el acceso oportuno y eficaz a la justicia. La concepción tradicional de la separación de poderes encuadraba al poder judicial, y al sector ejecutivo vinculado con el judicial, dentro de una perspectiva estática. En rigor, hoy se sabe que el fenómeno del control del poder es mucho más complejo que el apuntado por la vieja teoría de Montesquieu y que el proceso de participación democrática de los individuos en la vida comunitaria va mucho más allá que la simple intervención para designar a los titulares de los órganos del poder (Valadés, 1994).

Marco Constitucional en materia castrense

En el artículo 221 de la Constitución Política de Colombia se reglamenta el fuero militar, expresando que:

De los delitos cometidos por los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo, y en relación con el mismo servicio, conocerán las cortes marciales o tribunales militares,

con arreglo a las prescripciones del Código Penal Militar. Tales cortes o tribunales estarán integrados por miembros de la Fuerza Pública en servicio activo o en retiro.

En ningún caso la Justicia Penal Militar o policial conocerá de los crímenes de lesa humanidad, ni de los delitos de genocidio, desaparición forzada, ejecución extrajudicial, violencia sexual, tortura y desplazamiento forzado. Las infracciones al Derecho Internacional Humanitario cometidas por miembros de la Fuerza Pública, salvo los delitos anteriores, serán conocidas exclusivamente por las cortes marciales o tribunales militares o policiales.

Cuando la conducta de los miembros de la Fuerza Pública en relación con un conflicto armado sea investigada y juzgada por las autoridades judiciales, se aplicará siempre el Derecho Internacional Humanitario (Constitución Política de Colombia, 1991, art. 221)

Al ser esta disposición de naturaleza macro y general, necesitó de un desarrollo legislativo para reglamentar esos mandatos constitucionales, los cuales se materializaron en la Ley 1765 del 2015; sin embargo, por la misma complejidad del tema, ha sido fundamental la jurisprudencia de la Corte Constitucional para delimitar teóricamente estas disposiciones militares, salvaguardando en todo momento la supremacía de la Constitución. De este modo, son para esa corporación seis elementos esenciales del fuero militar: “El primero de carácter subjetivo, pertenecer a la institución castrense y ser miembro activo de ella, y el segundo, de carácter funcional, por cuanto el delito cometido debe tener relación con el servicio” (Corte Constitucional de Colombia, 2000, Demanda de Inconstitucionalidad, D-2766. C-878). Así mismo, esta corporación ha determinado el alcance de este fuero militar al manifestar que es: “Una regulación especial y diferente, en atención a los sujetos, a los bienes jurídicos protegidos y a las condiciones especiales que se derivan de la función que conforme a la Constitución corresponde cumplir a las fuerzas armadas” (Corte Constitucional de Colombia, 1997, Demanda de Inconstitucionalidad, D-1445. C-358). Por consiguiente:

El fuero militar cubre única y exclusivamente los delitos cometidos por los miembros de la fuerza pública en servicio activo, y en relación con el mismo servicio, es decir, cuando los mismos se deriven directamente de la función militar o policial (Matyas, 2014, p.190).

Atribuidos constitucional y legalmente; sin embargo por la especificidad del mismo fuero la Corte Constitucional establece que:

En aquellas materias que no se hallen expresamente reguladas en este código, son aplicables las disposiciones de los códigos penal, procesal penal, civil, procesal civil y de otros ordenamientos, siempre que no se opongan a la naturaleza de este código (Corte Constitucional de Colombia, 2002, Acción de Tutela, T- 595946, T-677).

Ahora bien, el artículo 13 constitucional, para el caso mexicano, establece la competencia de la jurisdicción militar ordenando que:

Nadie puede ser juzgado por leyes privativas ni por tribunales especiales. Ninguna persona o corporación puede tener fuero, ni gozar más emolumentos que los que sean compensación de servicios públicos y estén fijados por la ley. Subsiste el fuero de guerra para los delitos y faltas contra la disciplina militar; pero los tribunales militares en ningún caso y por ningún motivo podrán extender su jurisdicción sobre personas que no pertenezcan al Ejército. Cuando en un delito o falta del orden militar estuviese complicado un paisano, conocerá del caso la autoridad civil que corresponda (Constitución Política de los Estados Unidos de Mexicanos, 1917, art. 13).

Pero esta “jurisdicción penal militar mexicana establece un fuero militar de casta contrario a la noción de fuero funcional, establecida por el derecho internacional e inherente a un Estado constitucional y democrático de derecho” (Guevara, 2014, p. 34). No obstante que la última parte del artículo 13 constitucional veda a la jurisdicción militar para conocer de un delito en el que un civil (no militar) estuviera involucrado, sea como víctima o cómplice, los tribunales nacionales garantes de las “garantías individuales” (antaño) y la custodia de la supremacía constitucional, de manera reiterada, interpretaron la ley secundaria en forma contraria a la Constitución, en detrimento de los derechos humanos, al otorgarle una ampliación a la jurisdicción militar con base en el artículo 57 del Código de Justicia Militar (CJM) que en una simple interpretación gramatical, es evidentemente inconstitucional, por ir más allá del límite de la norma superior.

Un argumento para justificar la jurisdicción militar es la implementación de “sanciones ejemplares” en el Código de Justicia Militar para corregir a sus miembros, lo que *a priori* no deja de ser discutible; sin embargo, en los casos que

veremos más adelante, el resultado es que genera impunidad a las violaciones graves a los derechos humanos. Al respecto, la SCJ manifiesta que:

Del análisis del artículo 57 del Código de Justicia Militar, que establece los delitos contra la disciplina militar, se deduce un origen diferenciado de ese tipo de conductas delictivas: 1) cuando se actualizan las hipótesis contenidas en el libro segundo del referido Código, y 2) los delitos del fuero común o federal cometidos por militares cuando se actualicen los supuestos previstos en los diversos incisos de su fracción II. Ahora bien, para acreditar los delitos contra la disciplina militar a que se refiere la fracción I del citado artículo 57 -los especificados en el libro segundo del ordenamiento señalado-, **sólo se requiere que el agente del delito tenga la calidad de militar en activo, es decir, que pertenezca a la institución armada, con independencia de que en el momento de la comisión delictiva esté fuera de servicio o del horario normal de labores, o franco.** Esta previsión tiene como finalidad conservar la disciplina militar, requisito indispensable para el debido funcionamiento del Ejército, lo que necesariamente justifica la tipificación de conductas específicas a las que se atribuyen **sanciones ejemplares**. De lo contrario, podría concluirse que aunque ciertas conductas se prevean en el Código de Justicia Militar no se sancionarían, o se llegaría al absurdo de no poder acreditar los delitos considerados como graves -a los que incluso se castiga con pena de muerte, como traición a la patria, espionaje o rebelión- por el hecho de que en ellos no se hace especificación alguna en el sentido de que pueden cometerse estando o no en servicio. Contradicción de tesis 105/2005-PS. Entre las sustentadas por los Tribunales Colegiados Primero y Segundo, ambos en Materia Penal del Primer Circuito. 28 de septiembre de 2005. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: Juan N. Silva Meza. Ponente: José Ramón Cossío Díaz. Secretario: Miguel Enrique Sánchez Frías. Tesis de jurisprudencia 148/2005. Aprobada por la Primera Sala de este Alto Tribunal, en sesión de fecha veintiséis de octubre de dos mil cinco. Una de las cuestiones por resolver por parte de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SACAN), que debería ser clara y sencilla para cualquier tribunal o juez del país, debido a la regulación constitucional desde el siglo pasado, es la referente a la jurisdicción militar, de esta forma el artículo 13 de nuestra carta magna ordena: “Subsiste el fuero [jurisdicción] de guerra para los delitos y faltas contra la disciplina militar; pero los tribunales militares en ningún caso y por ningún motivo, podrán extender su jurisdicción sobre personas que no pertenezcan al Ejército. Cuando en un delito o falta del orden militar estuviese complicado un paisano, conocerá del caso la autoridad civil que corresponda (Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, 2006, p. 247).

Otra forma de interpretarse, y que no parece lógica, es que cuando un delito sea cometido en forma conjunta por miembros del ejército y civiles como sujetos activos del delito, cada quien tendrá una jurisdicción diferente.

Schroeder Cordero al citar a Ignacio Burgoa, nos dice que el destacado jurista mexicano hace notar que la jurisprudencia de la SCJ ha limitado con claridad la extensión jurisdiccional de este fuero al interpretar al artículo 13 constitucional y en consecuencia, cuando en la comisión de un delito militar concurren soldados y civiles, la autoridad civil debe conocer del proceso por lo que toca a los civiles y los Tribunales del fuero de guerra al que se le instruya a los militares, indicando el tratadista **que la bifurcación o dualidad de competencias expresada no sólo no está fundada legalmente, sino que pugna con los términos claros e indudables del texto constitucional, debiendo ser vinculado el caso ante Tribunales Ordinarios** que corresponda, es decir, ante jueces de distrito en materia penal o mixtos (Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, 2006, p. 1489).

Jurisdicción penal militar

La jurisdicción tiene como sustento no sólo las disposiciones constitucionales ya mencionadas, sino que están fundamentadas en los códigos correspondientes en Colombia, siendo un Estado de constantes cambios legislativos, la normatividad militar no se escapa de dicha realidad, pues para el segundo semestre del año 2015 se promulgó una nueva disposición en materia de justicia penal militar y de policía, Ley 1765 del 2015, dejando sin vigencia la Ley 1407 del 2010, Código Penal Militar anterior, donde se estipularon lineamientos sustanciales sobre la organización de la jurisdicción militar, pero lo más relevante en esta materia es lo estipulado en el artículo 1° de dicha Ley, donde asegura que: “Las normas y principios rectores de la administración de justicia prevalecen y serán de obligatoria aplicación en la Jurisdicción Penal Militar y Policía” (Ley 1765 de 2015, art. 1°), limitando de esta manera las arbitrariedades. En el caso mexicano evidenciamos que Abelardo I. Rodríguez, Presidente Substituto de México, en uso de la facultad que le fue conferida por el Congreso de la Unión, decretó el Código de Justicia Militar, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 31 de agosto de 1933. Esta disposición estableció en el artículo 57 en forma imprecisa la competencia de la jurisdicción militar más allá de lo previsto en la norma constitucional.

Ahora bien, se define la jurisdicción penal militar como “la potestad de que están investidos los jueces, consejos de guerra, y demás tribunales de fuero de guerra,

para juzgar y sentenciar a los miembros de las fuerzas armadas, conforme a la legislación castrense, sustantiva y adjetiva” (Schroeder, 1992, p. 1888). Por otra parte, en un Estado Social de Derecho, donde se respetan las garantías individuales, como el derecho a un juez natural, cabe cuestionarse sobre la confrontación entre la jurisdicción penal ordinaria y la jurisdicción penal militar, ambas igualmente legitimadas en la Constitución y en la ley, pero muy disímiles entre sí, solución que es dada por la Corte Constitucional, quien se ha pronunciado en la materia, diciendo que:

La identidad entre la jurisdicción penal militar y la justicia penal ordinaria no es plena y que, en cambio, entre ambas jurisdicciones existen distinciones profundas que obligan al legislador a conferir un trato abiertamente diferenciado. Si bien entre la jurisdicción penal ordinaria y la penal militar no se concibe un trato diferenciado en tratándose de asuntos como el sometimiento del juez a la voluntad legal, el respeto por el debido proceso y los principios de imparcialidad, independencia y autonomía judiciales - dado que éstos son los fundamentos esenciales de la función de administrar justicia que ambas jurisdicciones comparten -, sí puede el legislador establecer diferencias relevantes en relación con la organización y estructura de cada jurisdicción, con el procedimiento que debe respetarse en los juicios correspondientes y con el juzgamiento de los delitos puestos a su consideración. En suma, aunque en los fundamentos esenciales de la administración de justicia las garantías constitucionales deben respetarse con la misma intensidad, nada impide que en otros campos, en donde las diferencias entre la Jurisdicción Penal Militar y la ordinaria son relevantes, el legislador disponga regulaciones diferentes (Corte Constitucional de Colombia, 2004, Demanda de Inconstitucionalidad, D-4778 C-171).

Nuevamente, la SCJ tuvo la ocasión de establecer la inconstitucionalidad del artículo 57 del Código de Justicia Militar, en cuanto a la regulación de la ampliación de la jurisdicción militar; sin embargo, la desaprovechó como explica Eduardo Ferrer al hacer referencia al amparo en revisión 989/2009:

Promovido por Reynalda Morales Rodríguez, en el cual se impugnaba la inconstitucional del artículo 57, fracción II, inciso a) del Código de Justicia Militar, por extender la jurisdicción militar a delitos que no tienen estricta conexión con la disciplina militar o bienes jurídicos propios del ámbito castrense. Este caso fue resuelto, por mayoría de seis votos contra cinco⁶², en el sentido que la víctima del proceso penal carece de “interés jurídico” para promover el juicio de amparo de conformidad con la Ley de Amparo. Así, la Suprema Corte de Justicia dejó pasar una oportunidad para pronunciarse sobre

62 El Pleno de la SCJN se integra por 11 ministros.

el fuero militar, previo a la condena del caso Radilla Pacheco, y resulta lamentable que sea la Corte IDH la que tuviera que establecer la convencionalidad de dicho precepto, cuando pudo haberlo realizado la Suprema Corte a la luz del artículo 13 constitucional y de los estándares internacionales en la materia. Sobre la evolución jurisprudencial de la Corte IDH en la temática de jurisdicción militar (Ferrer, 2011, p. 324).

Ámbito internacional

Sistemas regionales de protección de derechos humanos

“Existen tratados elaborados y suscritos por bloques regionales de países, con el fin de promover los derechos humanos” (Cuellar y Pacheco, 2000, p. 68). Actualmente, se cuentan tres sistemas regionales de protección de derechos humanos⁶³: (1) el Sistema de la Convención Europea de Derechos Humanos de 1950 (Pacto de Roma), que creó al Tribunal Europeo de Derechos Humanos con sede en Estrasburgo, Francia; (2) el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, que surgió dentro del marco de la Organización de los Estados Americanos (OEA), considerado el organismo regional más antiguo del mundo, su origen se precisa en la Primera Conferencia Internacional Americana de 1889 a 1890, que también constituyó la Unión Internacional de Repúblicas Americanas, y (3) el Sistema Africano, junto con la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos de 1981 (Carta de Banjul), creó a la Comisión Africana de Derechos Humanos de los Pueblos, el Tribunal Africano de Derechos Humanos y la Corte Africana de Derechos Humanos de los Pueblos, estos últimos fusionados en el año 2004⁶⁴.

Sistema Interamericano (Latinoamericano) de Derechos Humanos

El Sistema Interamericano de Derechos Humanos (en adelante SIDH) “es un medio convencional de control regional supranacional de promoción y protección de

63 Cabe resaltar que en Asia y Oriente Medio se ha empezado a desarrollar la consolidación de sistemas regionales de protección de derechos humanos en dichos territorios como bien nos lo señalan los profesores Pastor y Acosta José Antonio Pastor, y Paola Andrea Acosta, (2014) “Reseña los sistemas internacionales de protección de derechos humanos. Instituto de Estudios Constitucionales”. (Carlos Restrepo Piedrahíta en la *Colección Temas de Derecho Público* n° 90, p.126).

64 Estos sistemas regionales de protección de los Derechos Humanos se presentan como la opción internacional más viable para lograr una protección efectiva de los derechos humanos por regiones geográficas y culturas. (Jaime Alfonso Cubides, y Tania Giraldo Vivas, (2013) “Diálogo judicial transnacional en la implementación de las sentencias de la Corte Interamericana”. *Entramado*, p. 186).

•Límites de la jurisdicción militar determinada en los casos mexicanos•

derechos humanos a la población de los Estados de América que se han adherido de forma voluntaria a este régimen⁶⁵, supervisado por dos instituciones regionales: la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CIDH) y la Corte IDH, que para la actualidad también se encuentra salvaguardado en el plano interno por todos los jueces nacionales con base en la figura pretoriana del control difuso de convencionalidad (Cubides y Vivas, 2012).

Para el profesor Pablo Villalba, es pertinente precisar que:

A consecuencia de la necesidad del respeto de los derechos humanos, en 1959 se creó la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, pero fue recién en 1969, con la Convención Americana de Derechos Humanos, que se consolidó el mecanismo de protección hasta hoy vigente (Villalba, 2014, p. 13).

Son diecinueve los Estados que han reconocido la competencia contenciosa de la Corte IDH: Argentina, Barbados, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, México⁶⁶, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Surinam, Uruguay, lo que equivale al 54% del total de los países de América (Martínez, 2014, p. 125).

Las garantías y la práctica jurídica interna fueron inútiles para tutelar derechos humanos, una oportunidad procesal que al final se tuvo ante los órganos de supervisión del SIDH, así México fue demandado por la Comisión IDH ante la Corte IDH por los casos Radilla Pacheco (desaparición forzada), Fernández Ortega y otros (violación sexual), y Rosendo Cantú y otra (violación sexual⁶⁷), y Cabrera García y Montiel Flores (tortura), en los cuales se imputa a miembros del ejército, del cual tuvo conocimiento la jurisdicción castrense nacional en los términos del artículo 57 del Código de Justicia Militar. Otra coincidencia de los asuntos descritos es que todo se desarrolla en el estado de Guerrero.

65 Con este sistema regional de perseguir así la real universalización de la protección de los derechos humanos. (Cubides y Vivas, "Diálogo judicial transnacional en la implementación de las sentencias de la Corte Interamericana". *Entramado*, p. 199).

66 México es Estado parte en la Convención Americana de Derechos Humanos desde el 24 de marzo de 1981 y reconoció la competencia contenciosa de la Corte IDH el 16 de diciembre de 1998.

67 Las acusaciones versan además por otras responsabilidades internacionales, lo que se anota en el paréntesis es para singularizar cada caso.

Límites regionales a la jurisdicción penal militar

Como se hizo alusión anteriormente, en este continente existe un sistema regional de protección de los derechos humanos, el SIDH, el cual desde sus orígenes en 1948 ha venido desarrollándose con la finalidad de mejorar las condiciones de vida de cada una de las personas sujetas a su protección. Este sistema no desconoce que uno de los grandes yugos para América Latina han sido las incontables violaciones realizadas por miembros o agentes del Estado, dentro de las cuales se encuentran las fuerzas militares y policiales; como medida de contingencia ante esta problemática, a través de las disposiciones pretorianas de la Corte IDH se han generado presentes que buscan limitar la jurisdicción militar con el objetivo de armonizar dichas disposiciones con los parámetros de la CADH, toda vez que “la incompatibilidad de la Convención Americana con la intervención del fuero militar en este tipo de casos no se refiere únicamente al acto de juzgar, a cargo de un tribunal, sino fundamentalmente a la propia investigación” (Corte IDH, Caso Nadege Dorzema vs. República Dominicana, 2012, párr. 198). Sin desconocer la legitimidad que tiene dicha jurisdicción para existir, esta se enunciará a continuación:

Derecho al acceso eficaz en la administración de justicia

Esta disposición tiene como base convencional el numeral primero del artículo octavo de la CADH, donde “toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable” (Convención Americana sobre Derechos Humanos, 1969, art. 8.1), con especial sentido para las víctimas de las conductas cometidas por agentes militares y de policía. Desde esta premisa:

“La Corte ha establecido que los recursos ante el fuero militar no son efectivos para resolver casos de graves violaciones a los derechos humanos y mucho menos para establecer la verdad, juzgar a los responsables y reparar a las víctimas”

(Corte IDH, Caso Nadege Dorzema vs. República Dominicana, 2012, párr. 189). Asimismo “la garantía del artículo 8.1 de la Convención en relación con la intervención del fuero militar no se refiere únicamente al acto de juzgar, a cargo de un tribunal, sino fundamentalmente a la propia investigación” (Corte IDH, Caso Vélez Restrepo y Familiares vs. Colombia, 2012, párr. 238). Toda esta

•Límites de la jurisdicción militar determinada en los casos mexicanos•

ineficacia, que tanto es denuncia por la Corte IDH y la misma CIDH, aparece en los siguientes casos:

a) Caso Radilla Pacheco⁶⁸

El 6 de septiembre del 2005, la señora Tita Radilla Martínez interpuso una demanda de amparo en contra de la resolución de incompetencia del Juzgado Segundo de Distrito. Esta demanda fue desechada de plano por el Juzgado Sexto de Distrito en el Estado de Guerrero (en adelante, Juzgado Sexto de Distrito).

El 6 de octubre del 2005 la señora Tita Radilla Martínez interpuso un recurso de revisión en contra de la resolución referida. Dicho recurso fue resuelto el 24 de noviembre del 2005 por el Primer Tribunal Colegiado, el cual decidió confirmar el desecamiento de la demanda de amparo.

De los hechos señalados anteriormente, se desprende que la competencia de la jurisdicción militar para conocer y resolver los hechos relativos a la detención y posterior desaparición forzada del señor Radilla Pacheco fue impugnada a través de dos vías. La primera de ellas, por medio de un recurso de revocación interpuesto por un agente del Ministerio Público Militar en contra de un auto mediante el cual un juez militar aceptó la competencia para conocer de los hechos. Dicho recurso de revocación desembocó en una resolución de un tribunal colegiado de circuito que resolvió a favor de la competencia de la jurisdicción militar. Por otro lado, la señora Tita Radilla interpuso un recurso de amparo en contra de la decisión de un juzgado de distrito, a través del cual se declaró incompetente para conocer de los hechos de este caso y remitió el expediente a la justicia militar. Dicho recurso fue desechado, por lo que posteriormente la señora Tita Radilla interpuso un recurso de revisión, el cual fue también desechado (CorteIDH, Caso Radilla Pacheco vs. Estados Mexicanos, 2009, párr. 262, 263 y 264).

68 La Corte IDH determinó que se “estima que el artículo 57, fracción II, inciso a), del Código de Justicia Militar es una **disposición amplia e imprecisa que impide la determinación de la estricta conexión del delito del fuero ordinario con el servicio castrense objetivamente valorado**. La posibilidad de que los Tribunales castrenses juzguen a todo militar al que se le imputa un delito ordinario, por el sólo hecho de estar en servicio, implica que el fuero se otorga por la mera circunstancia de ser militar. En tal sentido, aunque el delito sea cometido por militares en los momentos de estar en servicio o con motivo de actos del mismo no es suficiente para que su conocimiento corresponda a la justicia penal castrense”. La Corte IDH ordenó: “El Estado deberá adoptar, en un plazo razonable, las reformas legislativas pertinentes para **compatibilizar** el artículo 57 del Código de Justicia Militar con los estándares internacionales en la materia y de la Convención Americana sobre Derechos Humanos” (énfasis añadido).

b) Caso Fernández Ortega

El 18 de marzo del 2003, la señora Fernández Ortega presentó un escrito mediante el cual se “[uso] e impugnó la competencia militar para la investigación de los hechos delictivos de que fue objeto” y solicitó que el Ministerio Público Militar “se abstuviera de seguir conociendo” el caso. Ese mismo día, el Ministerio Público Militar rechazó la solicitud tomando en consideración que “la competencia del fuero de guerra se encuentra debidamente fundada y motivada”. Contra esa decisión, el 10 de abril del 2003, la señora Fernández Ortega interpuso una demanda de amparo, la cual fue sobreseída por el Juzgado Primero de Distrito en el estado de Guerrero el 3 de septiembre del 2003. Dicha resolución fue impugnada por la señora Fernández Ortega y confirmada el 27 de noviembre del 2003 por el Segundo Tribunal Colegiado del Vigésimo Primer Circuito del estado de Guerrero (Corte IDH, caso Fernández Ortega vs. Estados Unidos Mexicanos, 2010, párr. 168).

c) Caso Rosendo Cantú⁶⁹

El 7 de junio del 2002, la señora Rosendo Cantú presentó una demanda de amparo en contra de la declinación de competencia del fuero civil a favor del militar, la cual fue sobreseída por el Juzgado Primero de Distrito en el Estado de Guerrero el 30 de agosto del 2002. Dicha resolución fue impugnada por la señora Rosendo Cantú mediante un recurso de revisión el 17 de septiembre del 2002, y confirmada el 12 de noviembre del 2002 por sentencia del Primer Tribunal Colegiado del Vigésimo Circuito del Estado de Guerrero. El 28 de noviembre del mismo año, la señora Rosendo Cantú presentó un escrito en virtud del cual solicitó al Ministerio Público Militar que “se abstuviera de seguir conociendo” el caso. Dicha solicitud fue rechazada el 20 de enero del 2003, mediante resolución de la Procuraduría Militar, la cual fue impugnada por la señora Rosendo Cantú a través de una segunda demanda de amparo, presentada el 11 de febrero del 2003. Este segundo juicio de amparo también le fue denegado el 29 de abril del 2003 (Corte IDH, caso Rosendo Cantú vs. México, 2010, párr.145).

69 No obstante, como ha sido declarado en el Capítulo IX de este fallo, el artículo 57 del Código de Justicia Militar es incompatible con la Convención Americana. En consecuencia, la Corte reitera al Estado su obligación de adoptar, en un plazo razonable, las reformas legislativas pertinentes para compatibilizar la citada disposición con los estándares internacionales en la materia y de la Convención Americana, de conformidad con lo establecido en esta Sentencia El Estado deberá adoptar, en un plazo razonable, las reformas legislativas pertinentes para compatibilizar el artículo 57 del Código de Justicia Militar con los estándares internacionales en la materia y de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

d) Caso Cabrera y Montiel⁷⁰

En el proceso penal llevado a cabo en contra de los señores Cabrera y Montiel, el 26 de agosto de 1999, su defensa solicitó al Juez quinto de Distrito que ordenara al Ministerio Público investigar las denuncias de tortura, incomunicación y detención ilegal que habrían sufrido en las instalaciones del Ejército. Como consecuencia de la anterior solicitud, el 31 de agosto de 1999, el Juez quinto de Distrito ordenó al Ministerio Público investigar los hechos denunciados. El 1 de octubre de 1999, el Ministerio Público Federal adscrito a Coyuca de Catalán, Estado de Guerrero, dio entonces inicio a la Averiguación Previa por las denuncias presentadas por los señores Cabrera y Montiel. El 5 de noviembre de 1999, la Procuraduría General de la República (en adelante “PGR”) se declaró incompetente para investigar el delito de tortura y cedió la competencia a la Procuraduría General de Justicia Militar (en adelante “PGJM”), ya que se argumentó que los posibles responsables eran militares actuando en servicio. El 13 de junio del 2000, la Procuraduría Militar resolvió la indagación sobre tortura con un “auto de reserva de archivo”, bajo el criterio del investigador militar de que no existían elementos que acreditaran la tortura.

(...)

La Comisión [IDH] sostuvo que la jurisdicción militar “no era la autoridad competente para investigar los hechos, debido a que la justicia militar debe aplicarse únicamente cuando se atente contra bienes jurídicos castrenses [...]”. Así, consideró que la denuncia sobre tortura “sobrepasa cualquier función de defensa y seguridad [del Estado]”, y por lo tanto “no podría ser considerada [como un] delito de función y [que] la investigación de estos hechos debió adelantarse [en el] fuero ordinario”. Los

70 En el Caso Radilla Pacheco, el Tribunal consideró que “la disposición contenida en el mencionado artículo 57 opera como una regla y no como una excepción, característica ésta última indispensable de la **jurisdicción militar para ser conforme a los estándares establecidos por esta Corte**. Al respecto, la Corte resalta que el cumplimiento de dichos estándares se da con la investigación de todas las vulneraciones de Derechos Humanos en el marco de la jurisdicción penal ordinaria, **por lo que no puede limitar su campo de aplicación a violaciones específicas, tales como la tortura, la desaparición forzada o la violación sexual**. El Tribunal recuerda que el artículo 2 de la Convención Americana establece la obligación general de todo Estado parte de adecuar su derecho interno a las disposiciones de la misma para garantizar los derechos en ella reconocidos, lo cual implica que las medidas de derecho interno han de ser efectivas (principio de *effet utile*). En consecuencia, la Corte concluye que el Estado incumplió la obligación contenida en el artículo 2, en conexión con los artículos 8 y 25 de la Convención Americana, **al extender la competencia del fuero castrense a delitos que no tienen estricta relación con la disciplina militar o con bienes jurídicos propios del ámbito castrense**” (énfasis añadido). El Estado debe, en un plazo razonable, adoptar las reformas legislativas pertinentes para **compatibilizar** el artículo 57 del Código de Justicia Militar con los estándares internacionales en la materia y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como adoptar las reformas legislativas pertinentes para permitir que las personas que se vean afectadas por la intervención del fuero militar cuenten con un recurso efectivo para impugnar su competencia, de conformidad con lo establecido en el párrafo 235 de la presente Sentencia.

representantes concordaron con la Comisión y agregaron que **“el juicio de amparo, que por definición constituye el mecanismo de garantía jurídica de los derechos fundamentales en México, resulta ineficaz para impugnar la extensión del fuero militar, al establecer supuestos de legitimación sumamente limitados cuando las víctimas o los ofendidos del delito pretenden acudir a los Tribunales”**. Por otra parte, los representantes adujeron que la investigación de tortura no fue iniciada de oficio por las autoridades judiciales que recibieron la denuncia de los presuntos hechos (Corte IDH, Caso Cabrera García y Montiel vs. México, 2010, párr. 74, 87).

En este punto, la Corte Constitucional colombiana ha desarrollado una noción jurisprudencial sobre este derecho, determinando su alcance en el sentido de que “este derecho implica que toda víctima tenga la posibilidad de hacer valer sus derechos beneficiándose de un recurso justo y eficaz, principalmente para conseguir que su agresor sea juzgado, obteniendo su reparación” (Corte Constitucional de Colombia, Demanda de Inconstitucionalidad, 2014, Expediente D 10110, C-616). Este precepto “confiere al Estado una serie de obligaciones: la de investigar las violaciones, perseguir a sus autores y, si su culpabilidad es establecida, de asegurar su sanción” (Corte Constitucional de Colombia, Demanda de Inconstitucionalidad, 2006, Expediente D-6032, C-370), de ello se desprenden tres claras obligaciones del Estado con las víctimas en referencia al acceso a medios adecuados de defensa, las cuales son:

- i) El deber del Estado de investigar y sancionar adecuadamente a los autores y partícipes de los delitos.
- ii) El derecho de las víctimas a un recurso judicial efectivo.
- iii) El deber de respetar en todos los juicios las reglas del debido proceso (Corte Constitucional de Colombia, Demanda de Inconstitucionalidad, 2014, Expediente D 10110, C-616).

Derecho a un Juez natural

Otra de las directrices emanadas de la CADH en este materia es el derecho que tiene toda persona a un juez natural, establecido por ley con anterioridad al momento de la ocurrencia de los hechos objeto de litigio, cabe resaltar que dicho derecho no es solamente una disposición regional, sino también está estipulada en el sistema universal de protección de los derechos humanos. La intervención del juez natural en el proceso es un derecho humano que implica la competencia

del órgano jurisdiccional (presupuesto procesal), estar constituido previamente a los hechos materia de la *Litis*, durante todo el procedimiento (primera y segunda instancia) y que garantice la imparcialidad e independencia judicial. Así, el juez natural es un ingrediente fundamental del debido proceso. La Corte IDH ha emitido diversa jurisprudencia al respecto:

El concepto del juez natural rige a lo largo de las etapas del proceso. El concepto del juez natural se proyecta sobre las diversas instancias procesales. El principio del debido proceso legal rige, natural no es legítima la etapa procesal ante él, si el juez de segunda instancia no satisface (Corte IDH, Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú, 1999)⁷¹.

Para el tema de investigación, es importante señalar que “el fuero no necesariamente entra en colisión con el derecho al juez natural, si aquél se halla expresamente establecido y definido por el poder legislativo y atiende a una finalidad legítima, como antes se manifestó” (Corte IDH, Caso Barreto Leiva vs. Venezuela, 2009, párr. 77).

En Colombia, estas disipaciones regionales se materializan en el artículo 29 superior donde se consagran dichas garantías, también estas garantías se encuentran en los principios que rigen a cada uno de los procesos que se realizan en Colombia. Para el caso mexicano, los artículos 16 y 17 de la Constitución mexicana se refieren a la competencia y a la justicia pronta, expedita, imparcial, gratuita y completa, respectivamente; sin embargo, tampoco fueron considerados en el ámbito nacional, no obstante que en el juicio de amparo en materia penal existe una protección de oficio a los acusados.

71 La Corte advierte que, según declaró anteriormente, los procesos seguidos ante el fuero militar contra civiles por el delito de traición a la patria violan la garantía del juez natural, establecida por el artículo 8.1 de la Convención. El derecho de recurrir del fallo, consagrado por la Convención, no se satisface con la mera existencia de un órgano de grado superior al que juzgó y condenó al inculpado, ante el que este tenga o pueda tener acceso. Para que haya una verdadera revisión de la sentencia, en el sentido requerido por la Convención, es preciso que el Tribunal Superior reúna las características jurisdiccionales que lo legitiman para conocer del caso concreto. Conviene subrayar que el proceso penal es uno solo a través de sus diversas etapas, tanto la correspondiente a la primera instancia como las relativas a instancias ulteriores. En consecuencia, el concepto del juez natural y el principio del debido proceso legal rigen a lo largo de esas etapas y se proyectan sobre las diversas instancias procesales. Si el juzgador de segunda instancia no satisface los requerimientos del juez natural, no podrá establecerse como legítima y válida la etapa procesal que se desarrolle ante él. En el caso que nos ocupa, el Tribunal de segunda instancia forma parte de la estructura militar. Por ello, no tiene la independencia necesaria para actuar ni constituye un juez natural para el enjuiciamiento de civiles. En tal virtud, pese a la existencia, bajo condiciones sumamente restrictivas de recursos que pueden ser utilizados por los procesados, aquéllos no constituyen una verdadera garantía de reconsideración del caso por un órgano jurisdiccional superior que atienda las exigencias de competencia, imparcialidad e independencia que la Convención establece Corte IDH. (Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de mayo de 1999. Serie C N°. 52, párrafo 161).

Impunidad

Para el SIDH existe una premisa bajo la cual “el Estado tiene el deber de evitar y combatir la impunidad” (Corte IDH, Caso 19 comerciantes vs. Colombia, 2004, párr. 175); es así que “la falta en su conjunto de investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y condena de los responsables de las violaciones de los derechos protegidos por la Convención Americana” (Corte IDH, Caso Huilca Tecse vs. Perú, 2005, párr. 82). Esta es la posición que se ha constituido como presente de la Corte IDH en esta materia⁷², conceptos que son recibidos por la Corte Constitucional Colombiana, la cual reiteradamente expresa que junto con el derecho a la justicia, de igual importancia está “el derecho a que no haya impunidad”⁷³. Para México, el actuar en forma contraria a la Constitución y a los derechos humanos provoca impunidad, en ninguno de los cuatro casos que se van a mostrar se sancionó, se ve que ni siquiera se investigó seriamente a los probables responsables, quienes se presume pertenecen a la milicia, tal es así que parte de las sentencias en estos procesos la Corte IDH condena, entre otros puntos:

a) Caso Radilla Pacheco

El Estado deberá **conducir eficazmente, con la debida diligencia** y dentro de un plazo razonable la investigación y, en su caso, **los procesos penales que tramiten en relación con la detención y posterior desaparición forzada** del señor Rosendo Radilla Pacheco, para **determinar las correspondientes responsabilidades penales y aplicar efectivamente las sanciones y consecuencias que la ley prevea** (Corte IDH, Caso Radilla Pacheco vs. Estados Mexicanos, 2009, párr. 8).

b) Caso Cabrera García y Montiel Flores

A la luz de lo anterior este Tribunal reitera que, en todo caso en que existan indicios de la ocurrencia de tortura, el Estado deberá iniciar de oficio y de inmediato una **investigación imparcial, independiente y minuciosa** que permita determinar la naturaleza y el origen de las lesiones advertidas, **identificar a los responsables e**

72 Podemos encontrar estos conceptos referenciados en las siguientes sentencias: Caso Vargas Areco, supra nota 3, párr. 153; Caso Almonacid Arellano y otros, supra nota 15, párr. 111; y Caso Servellón García y otros, supra nota 3, párr. 192., Caso Goiburú y otros, supra nota 5, párr. 131.

73 Derecho promulgado en las sentencias: Colombia, Corte Constitucional, 2003, C, 871 M.P. Clara Inés Vargas Hernández; Colombia, Corte Constitucional, 2006, C, 1033, M.P. Álvaro Tafur Galvis y Colombia, Corte Constitucional, 2007, C, 209 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

iniciar su procesamiento. Es indispensable que el Estado actúe con diligencia para evitar alegados actos de tortura o tratos crueles, inhumanos y degradantes, tomando en cuenta, por otra parte, que la víctima suele abstenerse, por temor, de denunciar los hechos. Asimismo, a las autoridades judiciales corresponde el deber de garantizar los derechos del detenido, lo que implica **la obtención y el aseguramiento de toda prueba que pueda acreditar alegados actos de tortura. El Estado debe garantizar la independencia del personal médico y de salud encargado de examinar y prestar asistencia a los detenidos de manera que puedan practicar libremente las evaluaciones médicas necesarias, respetando las normas establecidas en la práctica de su profesión** (Corte IDH, Caso Cabrera García y Montiel vs. México, 2010, párr. 135).

c) Caso Rosendo Cantú y otra

Pese a las deficiencias estructurales y normativas que presenta el Código de Justicia Militar que data de 1933, debe observarse que existió voluntad del Estado mexicano de investigar institucionalmente el caso, pero también es evidente que no fue más allá de realizar diligencias de rutina **a sabiendas que de esa manera no se aclararían los hechos ni se fincarían responsabilidades a los agentes del Estado involucrados**, sin considerar además la máxima en procuración de justicia “conforme el tiempo pasa, la verdad se aleja” (Corte IDH, Caso Rosendo Cantú vs. México, 2010, párr. 4)⁷⁴.

Control difuso de convencionalidad

Es factible definir al control difuso de convencionalidad, de manera genérica, como la confrontación oficiosa que los operadores jurídicos deben realizar entre la norma convencional (incluida su interpretación auténtica ante un caso concreto a resolver) con la norma interna, se incluye la norma constitucional e interpretación nacional para determinar si ésta es compatible o no, y en el supuesto que no lo sea, de manera inicial dejar de aplicar la norma interna, y posteriormente, hacer una interpretación conforme al *Corpus Iuris Latinoamericano* que sirva para fundar la decisión correspondiente.

El Control de Convencionalidad constituye una noción que se ha puesto de moda en el derecho interamericano, marcando un sendero a seguir en la estela de la armonización del orden jurídico interno con el orden internacional de los derechos humanos, dos estamentos que necesitaban sintonizar la misma frecuencia, y que por medio del

74 Punto 4, voto concurrente del juez *ad hoc* Alejandro Carlos Espinosa.

control de convencionalidad, si bien no podría asegurar su compenetración irrestricta, se abren surcos para que así sea en el futuro (Villalba, 2014, p. 225).

Se puede estructurar el camino que deben observar los jueces al ejercer el control difuso de convencionalidad, de la siguiente manera:

1. Obligación de ejercer el control difuso.
2. Hacer sin que medie petición de las partes (oficio).
3. Confrontar las normas internas con las internacionales correspondientes al caso concreto.
4. Decidir por el catálogo que más beneficie o menos restrinja derechos humanos.
5. Dejar de aplicar normas e interpretaciones que menos beneficien o más restrinjan los derechos humanos.

Aplicación del Control de Convencionalidad Difuso

México fue condenado por la Corte IDH en los casos Radilla Pacheco (23 de noviembre de 2009), Fernández Ortega y otros (30 de agosto de 2010), Rosendo Cantú y otra (31 de agosto de 2010), y Cabrera García y Montiel Flores (26 de noviembre de 2010), sentencias en las que sus sanciones tienen factores comunes, los cuales pueden ser sintetizados enseguida:

- I. Adoptar las reformas legislativas pertinentes para compatibilizar el artículo 57 del Código de Justicia Militar con los estándares convencionales e internacionales en materia de garantía del juez natural en relación con la jurisdicción penal militar.
- II. Adoptar las reformas pertinentes para permitir que las personas afectadas por la intervención del fuero militar cuenten con un recurso efectivo de impugnación de la competencia de esa jurisdicción.

De estas sentencias de la Corte IDH, la que representaría un hito para el ordenamiento jurídico mexicano fue la sentencia Radilla Pacheco vs. **México**, no solo en temas sobre la jurisdicción militar, sino trascendiendo hacia la propia relación entre el Estado y las demandas supranacionales de protección a los derechos humanos, en dicha jurisprudencia esa corporación estableció que:

No sólo la supresión o expedición de las normas en el derecho interno garantizan los derechos contenidos en la Convención Americana, de conformidad a la obligación

comprendida en el artículo 2 de dicho instrumento. También se requiere el desarrollo de prácticas estatales conducentes a la observancia efectiva de los derechos y libertades consagrados en la misma. En consecuencia, la existencia de una norma no garantiza por sí misma que su aplicación sea adecuada. Es necesario que la aplicación de las normas o su interpretación, en tanto prácticas jurisdiccionales y manifestación del orden público estatal, se encuentren ajustadas al mismo fin que persigue el artículo 2 de la Convención. En términos prácticos, la interpretación del artículo 13 de la Constitución Política Mexicana debe ser coherente con los principios convencionales y constitucionales de debido proceso y acceso a la justicia, contenidos en el artículo 8.1 de la Convención Americana y las normas pertinentes de la Constitución mexicana.

De tal manera, es necesario que las interpretaciones constitucionales y legislativas referidas a los criterios de competencia material y personal de la jurisdicción militar en México, se adecuen a los principios establecidos en la jurisprudencia de este Tribunal, los cuales han sido reiterados en el presente caso.

Bajo ese entendido, este tribunal considera que **no es necesario ordenar la modificación del contenido normativo que regula el artículo 13 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos** (Corte IDH, Caso Radilla Pacheco vs. Estados Mexicanos, 2009, párr. 337, 338, 340 y 341).

Ahora bien, como consecuencia de esta sentencia, la SCJ analizó su alcance y determinó, entre otros puntos, la exigencia de los jueces mexicanos de ejercer el control difuso de convencionalidad de oficio, lo que permitió temporalmente y a partir del siguiente criterio la desaplicación del artículo 57 del Código de Justicia Militar que amplía la jurisdicción castrense, pero sin perder la vigencia, lo cual, le corresponde al poder legislativo. Además, en la misma tesis se aprecia que el artículo 13 de la Constitución es adecuado, lo que no era así su interpretación:

Derivado del cumplimiento que el Estado Mexicano debe dar a la sentencia dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Rosendo Radilla contra el Estado Mexicano, el Poder Judicial de la Federación debe ejercer un control de constitucionalidad y convencionalidad ex officio respecto del artículo 57, fracción II, del Código de Justicia Militar, ya que **su actual redacción es incompatible con lo dispuesto por el artículo o. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos**. La Corte Interamericana de Derechos Humanos determinó que **no es necesario modificar el contenido normativo del artículo 13 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, pero señaló que su interpretación debe ser coherente con los principios convencionales y constitucionales del debido proceso**

y **acceso a la justicia**, contenidos en la propia Constitución y en el artículo 8.1 de la citada Convención Americana. Así, la interpretación de este precepto del Código de Justicia Militar debe ser en el sentido de que **frente a situaciones que vulneren Derechos Humanos de civiles, bajo ninguna circunstancia puede operar la jurisdicción militar**, porque cuando los Tribunales Militares conocen de actos constitutivos de violaciones a Derechos Humanos en contra de civiles, ejercen jurisdicción no solamente respecto del imputado, el cual necesariamente debe ser una persona con estatus de militar en situación de actividad, sino también sobre la víctima civil, quien tiene derecho a participar en el proceso penal no sólo para efectos de la respectiva reparación del daño, sino también para hacer efectivos sus derechos a la verdad y a la justicia. De este modo, en estricto acatamiento a lo resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, para esta Suprema Corte de Justicia de la Nación la interpretación que corresponde al artículo 13 de la Constitución Federal en concordancia con el artículo o. de la Convención Americana, deberá ser coherente con los principios constitucionales de debido proceso y acceso a la justicia contenidos en ella, y de conformidad con el artículo 8.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, el cual, entre otras prerrogativas, prevé el derecho a comparecer ante juez competente. Por todo ello, la actual redacción del artículo 57, fracción II, del Código de Justicia Militar, es incompatible con lo dispuesto en el artículo 13 constitucional, conforme a esta interpretación a la luz de los artículos o. y 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Varios 912/2010. 14 de julio de 2011. Unanimidad de diez votos; votaron con salvedades: Sergio Salvador Aguirre Anguiano, Jorge Mario Pardo Rebolledo, Luis María Aguilar Morales y Guillermo I. Ortiz Maya Goitia. Ausente y Ponente: Margarita Beatriz Luna Ramos. Encargado del engrose: José Ramón Cossío Díaz. Secretarios: Raúl Manuel Mejía Garza y Laura Patricia Rojas Zamudio. El Tribunal Pleno, el veintiocho de noviembre en curso, aprobó, con el número LXXI/2011 (9a.), la tesis aislada que antecede. México, Distrito Federal, a veintiocho de noviembre de dos mil once. Notas: En la resolución emitida el 25 de octubre de 2011 por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la solicitud de modificación de jurisprudencia 22/2011, en el punto único se determinó: “ÚNICO. Han quedado sin efectos las tesis jurisprudenciales números P./J. 73/99 y P./J. 74/99, cuyos rubros son los siguientes: ‘CONTROL JUDICIAL DE LA CONSTITUCIÓN. ES ATRIBUCIÓN EXCLUSIVA DEL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN.’ y ‘CONTROL DIFUSO DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE NORMAS GENERALES. NO LO AUTORIZA EL ARTÍCULO 133 DE LA CONSTITUCIÓN.’”, conclusión a la que se arribó en virtud del marco constitucional generado con motivo de la entrada en vigor del Decreto por el que se modifica la denominación del Capítulo I

•Límites de la jurisdicción militar determinada en los casos mexicanos•

del Título Primero y reforma diversos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, 1999, p. 5, 18. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, 2011, p. 554).

Reforma al Código de Justicia Militar

Por Decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 13 de junio del 2014, fue reformado el artículo 57 en cumplimiento a las múltiples sentencias de la Corte IDH:

Tabla 1. Cuadro comparativo sobre la reforma militar

<i>Artículo 57</i>	<i>Artículo 57</i>
Antes de la reforma	Reforma
I. Los especificados en el libro segundo de este código	I. Los especificados en el Libro Segundo de este Código, con las excepciones previstas en el artículo 337 Bis
II. Los de orden común o federal cuando en su comisión haya	II. Los del orden común o federal, siempre y cuando no tenga la condición de civil el sujeto pasivo que resiente sobre su persona la afectación producida por la conducta delictiva o la persona titular del bien jurídico tutelado o puesto en peligro por la acción u omisión prevista en ley penal como delito , en los siguientes supuestos:
a)...	a)...
b)...	b)...
c) Que fueren cometidos por militares en territorio declarado c) Derogado.	
en Estado de sitio o en lugar sujeto a la ley marcial conforme a las reglas del derecho de la guerra	
d)...	d)...
e)...	e)...
.... concurran militares y civiles, los primeros serán juzgados por la justicia militar.	En todos los casos, cuando concurran militares y civiles como sujetos activos , solo los primeros podrán ser juzgados por la justicia militar

Fuente: elaboración propia tomando las respectivas normas

Declaración de cumplimiento

El 17 de abril del 2015, la Corte IDH emite resolución de supervisión de cumplimiento de sentencia en los casos Radilla Pacheco, Fernández Ortega y otros, y Rosendo Cantú y otra, todos contra México⁷⁵ y declaró que el Estado ha dado

75 La Corte IDH hace notar en esta sentencia que también fue ordenada en la sentencia emitida en el caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México, y se pronuncia sobre el cumplimiento de esas reparaciones en una resolución independiente a la presente, debido a que el Juez Ferrer Mac-Gregor participa en la resolución de supervisión de cumplimiento de dicho caso.

cumplimiento parcial a su obligación de adoptar las reformas legislativas pertinentes para compatibilizar el artículo 57 del Código de Justicia Militar con los estándares internacionales en la materia y la Convención Americana sobre Derechos Humanos y que el Estado ha dado **cumplimiento total** a su obligación de adoptar las reformas pertinentes para permitir que las personas afectadas por la intervención del fuero militar cuenten con un recurso efectivo de impugnación de tal competencia.

Cumplimiento parcial

En cuanto a la reforma del artículo 57 del Código de Justicia Militar, la Corte IDH manifestó la iniciativa presentada como insuficiente, pues no cumple plenamente con los estándares indicados debido a que “dicha reforma sólo establece que la jurisdicción militar no será competente tratándose, únicamente, de la desaparición forzada de personas, la tortura y la violación sexual cometidas por militares”. Adicionalmente, agregó que en “el fuero militar sólo se debe juzgar a militares activos por la comisión de delitos o faltas que por su propia naturaleza atenten contra bienes jurídicos propios del orden militar”.

Así la omisión, en el cumplimiento estriba:

Debido a que el artículo 57, párrafo II, del Código de Justicia Militar reformado, aún autoriza la intervención del fuero militar en los delitos en que el imputado y la víctima sean militares y en los delitos en que el imputado sea militar y no sea un civil el sujeto pasivo del delito o titular del bien jurídico, la Corte estima que la actual legislación continúa sin adaptarse parcialmente a los siguientes estándares jurisprudenciales:

- a) La jurisdicción militar no es el fuero competente para investigar y, en su caso, juzgar y sancionar a los autores de violaciones de derechos humanos, aun cuando el sujeto activo y pasivo sean militares.
- b) En el fuero militar solo se puede juzgar la comisión de delitos o faltas (cometidos por militares activos) que por su propia naturaleza atenten contra bienes jurídicos propios del orden militar.

Conclusiones

1. Los intereses conflicto en sede interna hacen inoperantes los derechos humanos, máximo si los órganos jurisdiccionales y los procesos de tutela son neutralizados por falta de independencia efectiva del poder judicial, es por ello la importancia de los derechos humanos y su interpretación de índole internacional.
2. El hecho de que los miembros castrenses sean juzgados por una jurisdicción especial de carácter militar en la práctica, evidencia la impunidad y encubrimiento, ya que, en ningún caso se determinó responsabilidad penal alguna a pesar de la gravedad de los delitos cometidos, lo que trasgrede el debido proceso y el acceso a la justicia.
3. Tampoco es garantía inmediata la condena internacional si el Estado no cambia las prácticas arbitrarias, ya que en los cuatro casos presentados, la Corte IDH determinó que este debe conducir en el fuero ordinario, eficazmente y dentro de un plazo razonable, la investigación y, en su caso, el proceso penal que tramite en relación a los delitos de violación sexual, otro referente a la tortura y finalmente a la desaparición de personas, con el fin de determinar las correspondientes responsabilidades penales y aplicar, en su caso, las sanciones y demás consecuencias que la ley prevea, cuestión que a la fecha no se ha cumplido⁷⁶.
4. *A priori*, que se argumente que las sanciones previstas en las leyes militares son más severas, no garantiza el debido proceso.
5. Los casos expuestos presentan en común, entre otras situaciones, la violación a la garantía de juez natural y la garantía a un recurso eficaz, establecidas por los artículos 8.1 y 25 de la CADH.
6. El concepto del juez natural y el principio del debido proceso deben regir a lo largo de todas las etapas y se proyectan sobre las diversas instancias procesales. Si el juzgador de primera o el de segunda instancia no satisfacen los requerimientos del juez natural, no podrá establecerse como legítima y válida una u otra etapa procesal que se desarrolle ante estos.

76 Inclusive, en el caso Rosendo Cantú y otras la Corte IDH dictó, a pesar de que ya se dictó sentencia de fondo, medidas provisionales el 23 de junio del 2015.

7. El planteamiento inicial se responde con un rotundo sí, los hechos evidencian que no son suficientes los derechos sustantivos y procesales en los regímenes internos para tutelar eficazmente los derechos humanos y requieren de la Constitución de Sistemas Regionales de Protección.
8. Es adecuado y necesario el modelo del control difuso de convencionalidad para acelerar el cambio cultural de una tutela efectiva de protección de derechos humanos.

LA JUDICIALIZACIÓN DEL DERECHO AL AGUA: UNA VISIÓN DE LOS ESTÁNDARES NACIONALES E INTERNACIONALES Y EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD*

Julián Enrique Pinilla Malagón
Jaime Cubides Cárdenas
Luz Eliyer Cárdenas Contreras

Resumen

Este estudio gira en torno a los estándares de protección del líquido vital en distintas jurisdicciones, a escala nacional y regional. El agua, desde siempre, ha sido un recurso indispensable para el desarrollo y progreso humano, y en la actualidad, debido a la contaminación de ríos y otras fuentes hídricas significativas para el abastecimiento del recurso en condiciones de potabilidad para el consumo humano, ha surgido la necesidad de fijarse desde el derecho internacional una serie de reglas o estándares que se apliquen en el derecho interno de cada Estado, para que, por un

.....
* Este capítulo de libro contiene resultados del proyecto de investigación "La convencionalización del derecho: el caso del ordenamiento jurídico colombiano desde la justicia multinivel y el posconflicto", que hace parte de la línea de investigación "Fundamentos e implementación de los Derechos Humanos" del Grupo de Investigación "Persona, Instituciones y Exigencias de Justicia", reconocido y categorizado en (B) por Colciencias, registrado con el código COL0120899, vinculado al Centro de Investigaciones Socio Jurídicas (Cisjuc), y adscrito y financiado por la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Colombia.

lado, se protejan las fuentes hídricas y, por otro, los Estados se obliguen a extender a toda su población disponibilidad, accesibilidad y potabilidad del agua.

Es allí donde cobra importancia el control de convencionalidad, pues se configura como un mecanismo que permite a los organismos judiciales de cada país, establecer un examen de las normas de derecho interno frente a los estándares fijados de manera internacional, lo cual consiente aplicar las normas que garantizan el derecho y unificar interpretaciones judiciales sobre el derecho al agua en el derecho interno frente a las de tribunales e instrumentos internacionales, y de esta manera, acatando obligaciones internacionales y evitando violaciones de derechos humanos a nivel individual o colectivo.

Palabras clave: Derecho al agua, accesibilidad, derechos humanos, protección, control de convencionalidad.

Abstract

This study focuses on the standards of protection of the vital liquid in different jurisdictions, at national and regional level. Water has always been a prerequisite for development and human progress, currently it resources due to pollution of rivers and other significant for the supply of the resource in terms of potability for human consumption water sources, has emerged the need to look from international law a series of rules or standards that apply in domestic law of each State, so first the water sources are protectes and secondly, the States undertake to extend to the entire population the availability, accessibility and potability of water, is where the conventional control becomes important, because it is configured as a mechanism allowing judicial bodies of each country, establish a review of rules of domestic law against the standards set by international manner, which agrees to apply the rules which guarantee the right and unify judicial interpretations on the right to wáter in domestic law against the courts and international instruments, in thi way abiding by international obligations and preventing violations of human rights individually or collectively.

Keywords: Right to Water, accessibility, human rights, protection, Conventionality Control.

Introducción

El derecho al agua toma importancia en la modernidad, en razón a la preocupación de la comunidad internacional por la defensa del agua, desde el punto de vista de que este es un recurso natural indispensable para la subsistencia del hombre, la satisfacción de sus necesidades y su desarrollo en condiciones dignas y garantistas de derechos humanos (Lozano, 2011).

El agua, como derecho, inicialmente toma protagonismo en el derecho internacional. En el ámbito universal, principalmente lo hace con la adopción del PIDESC, el Pacto Internacional sobre los Derechos Económicos, Sociales y Culturales adoptado en 1966 y la Observación general n.º 15 sobre el derecho al agua del 2002, en la que se definió como el derecho de todos “a disponer de agua suficiente, salubre, aceptable, accesible y asequible para el uso personal y doméstico”. Además, se hace referencia a este en la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (artículo 14); la Convención sobre los Derechos del Niño (artículo 24); la declaración de la Conferencia del Mar del Plata de Naciones Unidas, entre otros instrumentos internacionales.

En el marco europeo, se destaca la directiva marco 2000/60/CE del Parlamento Europeo y del Consejo del 23 de octubre del 2000, estableciendo así, un marco comunitario para la protección de aguas superficiales, continentales, costeras y subterráneas, con el objeto de prevenir y reducir la contaminación de estas masas de aguas, además de promover el uso sostenible de las mismas y mejorar las condiciones ambientales en lo que atañe al uso de aguas.

En el continente africano, se ha dado reconocimiento a este derecho a través del Protocolo a la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos relativos a los Derechos de la Mujer (artículo 15); el Convenio Africano para la Conservación de la Naturaleza y los Recursos Naturales (artículo 8.2); la Carta Africana de los Derechos y el Bienestar del Niño (artículo 14).

En América, en el marco interamericano de los derechos humanos, no se encuentra de manera explícita ni en la Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante CADH), ni en el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales (en adelante Protocolo de San Salvador); sin embargo, este se deduce del artículo 26 de la CADH, el cual hace referencia a los derechos

económicos sociales y culturales, el artículo 10 “Derecho a la Salud” y especialmente el artículo 11 “Derecho a un Medio Ambiente Sano”, estos últimos del Protocolo de San Salvador, interpretándose así que toda persona tiene derecho a vivir en un medio ambiente sano y a contar con servicios públicos básicos y que los Estados partes promoverán la protección, preservación y mejoramiento del medio ambiente.

En el ordenamiento colombiano, la protección del derecho al agua muestra varias dificultades, entre ellas, que carece de definición tanto conceptual como jurídica; sin embargo, las autoridades judiciales se han encargado de integrarlo mediante una interpretación sistemática por vía del bloque de constitucionalidad, remitiéndose a los instrumentos de derecho internacional de los derechos humanos, pues el Estado colombiano ha aprobado y ratificado una serie de tratados internacionales sobre derechos humanos que se relacionan con la protección y el reconocimiento del derecho al agua.

Así mismo, se verá que ocurre lo propio en el derecho comparado con el Control de Convencionalidad, pues los tribunales internacionales de derechos humanos, aplicando los instrumentos internacionales, logran brindar parámetros de protección del derecho.

La judicialización del derecho al agua en Colombia

En Colombia, como nos referimos con anterioridad, no existe una norma expresa sobre el derecho al agua; sin embargo, su reconocimiento constitucional se deriva de diferentes disposiciones constitucionales de la Carta del 91. Del artículo 8, que consagra la obligación del Estado y en general de los particulares de proteger las riquezas culturales de la nación; artículo 49, referente a la salud y el saneamiento ambiental, entendidos como servicios públicos a cargo del Estado; artículo 58, la función ecológica de la propiedad; artículo 79, derecho a gozar de un ambiente sano y el deber de conservación de áreas de interés ecológico; artículo 80, aprovechamiento de recursos naturales y garantías de desarrollo sostenible, conservación, restitución o sustitución, reparación de daños, deterioro ambiental y cuidado de ecosistema fronterizos; artículo 93, por vía del bloque de constitucionalidad se integran los tratados de derecho internacional que versan sobre derechos humanos, al respecto Colombia ha ratificado la CADH y sus protocolos

adicionales, así como el Pidesc, entre otros; y el artículo 366, que expresamente hace referencia al agua potable, en los siguientes términos:

El bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de la población son finalidades sociales del Estado. Será objetivo fundamental de su actividad la solución de las necesidades insatisfechas de salud, de educación, de saneamiento ambiental y **de agua potable**. Para tales efectos, en los planes y presupuestos de la Nación y de las entidades territoriales, el gasto público social tendrá prioridad sobre cualquier otra asignación (Constitución Política de Colombia, art. 366) (Negrita fuera de texto).

Del contenido normativo de los citados artículos constitucionales que brindan una protección al medio ambiente sano, a la calidad de vida, al desarrollo sostenible y a los deberes estatales de intervención para preservar el ambiente sano, es que se ha llegado a tildar a nuestra Constitución como “Constitución Ecológica” (Amaya, 2006). En un mismo sentido, la propia Corte Constitucional Colombiana en diversas sentencias la ha nominado como tal (Corte Constitucional de Colombia, 2012, Demanda de inconstitucionalidad, D-9027. C-889).

Entonces, se ha venido interpretando de manera amplia que existe, en alguna medida, un reconocimiento constitucional del derecho al agua y su deber de amparo, a través de las citadas disposiciones superiores que fijan el presupuesto de las relaciones de la comunidad con la naturaleza, con miras a su conservación y protección.

Entre otras normas de carácter no constitucional acerca del derecho al agua, encontramos la Ley 142 de 1994, sobre el régimen de los servicios públicos domiciliarios y el Decreto 1575 de 2007, este último hace referencia al agua, en dos sentidos:

- a) El agua cruda, definiéndola como aquella “agua natural que no ha sido sometida a proceso de tratamiento para su potabilización” (Decreto 1575, 2007, art. 2).
- b) El agua potable o agua para consumo humano “es aquella que por cumplir las características físicas, químicas y microbiológicas, en las condiciones señaladas en el presente decreto y demás normas que la reglamenten, es apta para el consumo humano” (Decreto 1575, 2007, art.2). Este decreto agrega también que “es aquella que se utiliza en bebida directa, en la preparación de alimentos o en la higiene personal” (Decreto 1575, 2007, art. 2).

Frente a la primera acepción como derecho al agua, se estaría hablando de la relación del hombre con las fuentes hídricas (recreación, disfrute e interacción con la naturaleza y los bienes que esta provee), al goce de un ambiente sano, es decir que estas fuentes de agua no se encuentren contaminadas, al buen manejo de los desechos para evitar daños en las corrientes de agua, así como el manejo de los desechos provenientes de actividades económicas, ya sean industriales o mineras que puedan contaminar o degradar el agua como bien público.

Frente a la segunda acepción, se estaría refiriendo como tal al derecho al acceso al agua potable, es decir, a la disposición del recurso natural del cual se desprenden dos aspectos, I) la accesibilidad física y II) la accesibilidad económica (Observación 15, 2002, párr. 12); estos dos aspectos hacen referencia, por un lado, a la disposición real y efectiva que tienen las personas de acceder al recurso del agua, y por el otro, si las personas poseen los recursos económicos suficientes para pagar por el acceso al mismo.

En todo caso, el acceso al agua potable se materializa mediante la prestación del servicio público domiciliario⁷⁷ a través de una entidad pública o privada, y este servicio no es precisamente gratuito, por esta causa se presentan mayores inconvenientes.

Siendo el agua esencial para la vida del ser humano y al tener un costo, se generan dificultades a los individuos que no tienen la capacidad económica para acceder a este servicio, es por ello que el derecho al acceso del agua potable depende de los propuestas programáticas del gobierno para combatir la pobreza; sin embargo, el derecho al agua no puede depender solamente de políticas públicas, sino que debe tener una acción jurisdiccional por medio de la cual se garantice este derecho esencial a las personas que no tienen posibilidad económica de acceder a ella.

El derecho al agua es un derecho complejo, y su protección debe extenderse a cada una de las personas dentro de los Estados parte. Es por ello que para asegurarse este derecho deberá garantizarse en su dimensión individual, como en la colectiva, es decir, desde el punto de vista de la persona individual y de los grupos

77Los servicios públicos domiciliarios "son aquellos que se prestan a través del sistema de redes físicas o humanas con puntos terminales en las viviendas o sitios de trabajo de los usuarios y cumplen la finalidad específica de satisfacer las necesidades esenciales de las personas" (Corte Constitucional de Colombia, 1992, Acción de tutela, T-1848. T-578).

o colectividades como sujetos de derechos, esto, en razón a lograr una protección integral del derecho al agua.

El concepto de bidimensionalidad del derecho al agua se extracta, por un lado, del análisis de jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana, en donde la acción de tutela se ha posicionado como protectora del derecho al agua, entendiéndolo como un derecho autónomo de categoría fundamental, garantizando entonces la esfera individual, así mismo mediante el rastreo de decisiones de acciones populares adoptadas por la jurisdicción contenciosa administrativa, en donde principalmente se ha entendido el derecho al agua como uno de naturaleza colectiva, relacionado estrechamente con los derechos al ambiente sano, la salubridad pública y el acceso a los servicios públicos. Y por otro lado, del análisis de decisiones judiciales adoptadas por tribunales de países como Argentina, España e India y decisiones por parte de tribunales internacionales, la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Comisión Africana de Derechos Humanos que se exhibirá al final de la exposición, exaltando el valor de las normativas internacionales, las decisiones e interpretaciones de los derechos que hacen los tribunales internacionales de derechos humanos para brindarles eficacia a través del mecanismo que se ha denominado control de convencionalidad.

Dimensión individual del derecho al agua

En cuanto a la dimensión individual, se entiende que es la protección efectiva del derecho al agua para un individuo específico y aquí haciendo meramente referencia a la subjetividad del mencionado derecho, es decir, que el titular de este derecho es un individuo y que para alguien existe una facultad derivada de una norma jurídica para exigir de otra persona o institución el cumplimiento de un deber específico, impuesto por el derecho positivo, aun mediante el ejercicio de una acción judicial (Chinchilla, 2009).

El derecho al agua es por naturaleza un derecho social⁷⁸, en nuestro ordenamiento no existe una acción específica para la tutela de los derechos económicos, sociales y culturales, por esta razón la Corte Constitucional mediante acción de tutela ha entendido este derecho como uno de carácter fundamental, con el fin

.....
⁷⁸ La doctrina ha denominado a esta clase de derechos como “derechos sociales fundamentales”, a partir de un concepto evolucionado de los derechos subjetivos con el fin de que se les brinde dentro del ordenamiento jurídico un contexto de justiciabilidad a los derechos sociales fundamentales (Arango, 2012).

de posicionar garantías para los individuos con respecto de este derecho, siempre que se cumpla con los postulados de procedencia de la acción que ha fijado la propia Corte.

La Corte Constitucional Colombiana, en su jurisprudencia, ha señalado que el derecho al agua comprende, entre otras, las siguientes protecciones: (i) cuando la prestación del servicio se vuelve dramáticamente intermitente y esporádica, afectando los derechos fundamentales de las personas (Corte Constitucional de Colombia, 2010, Acción de tutela, T-2649572 y T-2652463. T-717; Corte Constitucional de Colombia, 2013, Acción de tutela, T-3.868.137. T-573; Corte Constitucional de Colombia, 2013, Acción de tutela, T-4.012.504. T-864). ; (ii) cuando una comunidad no dispone ni accede a agua de calidad para el consumo humano, concretamente al tutelado del derecho a tener un acueducto, tanto en su faceta positiva como negativa (Corte Constitucional de Colombia, 2010, Acción de tutela, T-2.456.550 y T-2.456.678.T-616; Corte Constitucional de Colombia, 2011, Acción de tutela, T-2.994.681. T-552; Corte Constitucional de Colombia, 2012, Acción de tutela, T-3304543. T-749); (iii) el derecho a acceder y disponer de agua con regularidad y continuidad, en especial si se deterioraron las condiciones básicas de prestación del servicio (Corte Constitucional de Colombia, 2011, Acción de tutela, T-2.899.338.T-916; Corte Constitucional de Colombia, 2012, Acción de tutela, T-3.144.081. T-312); (iv) el derecho al acceso al agua de una o varias personas, cuando se toman acciones positivas que implican limitar la disponibilidad o el acceso a la misma y cuando las autoridades dejan de adoptar las medidas adecuadas y necesarias para evitar que esa situación continúe (Corte Constitucional de Colombia, 2010, Acción de tutela, T-2649572 y T-2652463. T-717; Corte Constitucional de Colombia, 2011, Acción de tutela, T-2.994.681. T-552; Corte Constitucional de Colombia, 2011, Acción de tutela, T- 3071067. T-725); (v) que la disposición y acceso al agua no se suspenda en condiciones de urgencia (Corte Constitucional de Colombia, 2012, Acción de tutela, T- 3590293. T-925); (vi) el acceso al agua sin discriminación (Corte Constitucional de Colombia, 2010, Acción de tutela, T-2755275, T-3089356 y T-3131610. T-752; Corte Constitucional de Colombia, 2012, Acción de tutela, T-3268348. T-273; Corte Constitucional de Colombia, 2012, Acción de tutela, T-3.144.081. T-312); (vii) cuando se cuenta con un inadecuado servicio de alcantarillado que pone en riesgo los derechos fundamentales de las personas (Corte Constitucional de

Colombia, 2012, Acción de tutela, T-3257343. T-188; Corte Constitucional de Colombia, 2012, Acción de tutela, T-3056570. T-707); (viii) cuando se cuenta con un inadecuado servicio de acueducto que pone en riesgo los derechos fundamentales de las personas (Corte Constitucional de Colombia, 2011, Acción de tutela, T-2.994.681. T-552); y (ix) cuando los reglamentos, procedimientos o requisitos establecidos son usados como obstáculos que justifican la violación del derecho al agua (Corte Constitucional de Colombia, 2003, Demanda de inconstitucionalidad, D-4194. C-150).

Además, la Corte Constitucional de Colombia ha indicado frente a la acción de tutela que:

(...) como todo derecho constitucional, en un estado social de derecho, este encuentra límites, e incluso puede ser objeto de restricciones razonables. No todo reclamo con base en la protección del derecho al agua es susceptible de ser objeto de amparo mediante acción de tutela (Corte Constitucional de Colombia, 2010, Acción de tutela, T-2528121. T-418).

No obstante, la tutela en el ordenamiento colombiano se ha constituido como la acción idónea cuando se trata garantizar el derecho al agua como un derecho fundamental, e incluso la misma Corte Constitucional ha señalado que desplaza a la acción popular cuando se presenta una vulneración a los derechos fundamentales de los individuos:

El derecho al consumo humano de agua potable puede ser protegido por vía de tutela, que desplaza la acción popular, cuando existe afectación particular del derecho fundamental en cabeza de una, varias o múltiples personas, o cuando existe la amenaza de consumación de un perjuicio irremediable en la órbita de este derecho fundamental (Corte Constitucional de Colombia, 2012, Acción de tutela, T-3411056. T-530).

Recopilando lo anteriormente mencionado, se hará mención a la fundamentalidad del derecho al agua y su conexidad con otros derechos fundamentales, también se hará referencia a la especial protección que le ha desplegado la Corte Constitucional para garantizar los derechos de sujetos de especial protección.

La fundamentalidad del derecho al agua

La Corte Constitucional, en sentencia, ha señalado que aunque específicamente el derecho al agua no es reconocido como un derecho autónomo en la

Constitución Política, si se puede deducir a partir de una interpretación sistemática de la misma que:

Si se tiene en cuenta el Preámbulo, la fórmula política de un estado social y democrático de derecho, las funciones esenciales del Estado, la dignidad humana, el respeto a los derechos fundamentales –en especial los citados–, y el lugar privilegiado que se da a los recursos y competencias necesarias para el goce efectivo del servicio público del agua potable y saneamiento básico (Corte Constitucional de Colombia, 2010, Acción de tutela, T-2528121. T-418).

También, la Carta Internacional de Derechos Humanos ha tenido en cuenta la jurisprudencia de esta corporación para otorgarle la nominación de derecho autónomo. La Carta Internacional de Derechos Humanos comprende la Declaración Universal de Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y sus dos protocolos facultativos. Así sostuvo en sentencia que “toda persona tiene el derecho a que se le respete, proteja y garantice la posibilidad de disponer de agua suficiente, salubre, aceptable, accesible y asequible para el uso personal y doméstico” (Corte Constitucional de Colombia, 2010, Acción de tutela, T-2528121. T-418).

Entre los instrumentos internacionales de protección al agua, a este derecho se le considera un derecho de carácter vital para el ser humano, el Tribunal Constitucional Colombiano ha hecho referencia a esta característica del derecho, interpretándolo como el derecho a acceder a un mínimo vital de agua potable (Corte Constitucional de Colombia, 2011, Acción de tutela, T- 3071067. T-725).

El agua constituye fuente de vida y la falta del servicio atenta directamente con el derecho fundamental a la vida de las personas. Así pues, el servicio público domiciliario de acueducto y alcantarillado en tanto que afecte la vida de las personas (CP art. 11), la salubridad pública (CP arts. 365 y 366) o la salud (CP art. 49), es un derecho constitucional fundamental y como tal debe ser objeto de protección a través de la acción de tutela (Corte Constitucional de Colombia, 2011, Acción de tutela, T-2.994.681. T-552).

Este tribunal se ha pronunciado al respecto del agua como recurso natural como agua potable o de consumo humano, se ha referido a la fundamentalidad de los servicios públicos domiciliarios relacionados con el acceso del agua, y a las facetas positivas y negativas que posee el derecho fundamental al agua, enfocando

siempre la protección a garantizar la dignidad humana y el Estado Social de Derecho consagrado en la Constitución colombiana.

En las primeras sentencias esbozadas por la Corte Constitucional, se protege el derecho al agua, especialmente por conexidad con otro puesto que en inicio no establece la autonomía del derecho al agua; sin embargo, lo tuteló por su relación con otros derechos fundamentales como la vida en condiciones dignas, la salud, la salubridad e incluso la misma dignidad humana.

Así, por ejemplo, en 1992 la Corte señaló que existía una clara violación a un derecho fundamental, puesto que el alcantarillado inconcluso había ocasionado el desbordamiento de las aguas negras sobre las calles del barrio, afectando en especial a personas de escasos recursos (Corte Constitucional de Colombia, 1992, Acción de tutela, T-778. T-406). En caso similar, la misma corporación, estableció en sentencia desde entonces que el derecho al servicio de alcantarillado puede ser protegido por la acción de tutela en aquellos casos en los que afecte de manera evidente derechos y principios constitucionales fundamentales, como son los consagrados en los artículos 1 (dignidad humana), 11 (vida) y 13 (derechos de los disminuidos) (Corte Constitucional de Colombia, 1992, Acción de tutela, T-1848. T-578). Percatándose desde sus primeras sentencias que la falta de abastecimiento del preciado líquido imposibilita que el ser humano tenga una vida digna al no poderse desarrollar en un contexto sanitario adecuado.

Siguiendo la misma línea, en 1995, el Tribunal Constitucional señaló al respecto del agua que se trata de un recurso natural en cualquiera de sus estados y que forma parte del llamado ambiente natural o entorno, “el cual resulta insustituible para el mantenimiento de la salud y para asegurar la vida del ser humano, aparte de que es un elemento necesario para la realización de un sinnúmero de actividades útiles al hombre” (Corte Constitucional de Colombia, 1992, Acción de tutela, T-61500. T-379).

Siguiendo estos criterios, la Corte en sentencia de unificación en 1997, concedió la tutela, amparando los derechos a la vida y al suministro de agua potable, ordenando al gerente de Metroagua y al Alcalde de Santa Marta que debían continuar con la licitación para la construcción de una nueva planta de tratamiento que permitiera llevarle agua a la comunidad en condiciones de potabilidad (Corte Constitucional de Colombia, 1997, Acción de tutela, T-120950 y T-124621. SU-442).

Frente al agua destinada para el consumo humano y su potabilidad, la Corte en 2003 hace un reconocimiento expreso del derecho al agua como derecho fundamental y determinó en sentencia que debía garantizarse el suministro efectivo del servicio público de acueducto, en razón a que el agua potable constituye un derecho constitucional fundamental cuando está destinada para el consumo humano y, por tanto, este derecho resulta amparable a través de la acción de tutela (Corte Constitucional de Colombia, 2003, Acción de tutela, T-697667. T-410). La corporación, siguiendo la misma línea en sentencia del 2009, sostiene que la satisfacción de la necesidad básica de agua potable es un objetivo fundamental en cualquiera de sus estados y reitera lo que ha sostenido desde sus primeras sentencias, que el agua es un recurso natural insustituible y, al mismo tiempo, es condición de posibilidad para el disfrute de otros derechos como la vida, la salud y la dignidad humana (Corte Constitucional de Colombia, 2009, Acción de tutela, T-2259519. T-546).

En cuanto a los servicios públicos domiciliarios, en sentencia del 2005, la Corte ha resaltado que la falta de prestación del servicio del acueducto está llamada a constituir una violación del derecho que tienen todas las personas a vivir una vida digna (Corte Constitucional de Colombia, 2005, Acción de tutela, T-1138238. T-1104). De la misma forma, la corporación (en sentencia) exalta que “los servicios públicos domiciliarios tales como el agua potable (...) son fundamentales para garantizar condiciones que permitan preservar una vida digna” (Corte Constitucional de Colombia, 2009, Acción de tutela, T-2299943. T-701).

En posterior ocasión, el Tribunal desarrolla, en sentencia del 2009, las condiciones de procedibilidad y de prosperidad de la acción de tutela, a fin de proteger el derecho fundamental individual al agua potable y establecer causales de procedencia, así concluyó que la tutela procede cuando el agua está destinada al consumo humano para los usos personales y domésticos, pues únicamente entonces está en conexión con el derecho a la vida en condiciones dignas y a la salud, pero no cuando está destinada a otras actividades, así mismo procederá cuando exista una amenaza de consumación de un perjuicio irremediable en la órbita de este derecho fundamental, en esta medida este derecho podrá ser protegido por vía de tutela y en casos particulares puede incluso desplazar a la acción popular (Corte Constitucional de Colombia, 2009, Acción de tutela, T-2104916. T-381).

En cuanto a las causales en las que procede la acción de tutela el Tribunal Constitucional ha distinguido dos facetas del derecho al agua, una positiva y otra negativa. Al respecto, la Corte ha sostenido que “las obligaciones derivadas del derecho fundamental al agua pueden implicar facetas positivas que demandan medidas complejas por parte del Estado, como la realización de obras, o facetas negativas, que supongan la abstención por parte de la Administración” (Corte Constitucional de Colombia, 2010, Acción de tutela, T-2528121. T-418).

Como ejemplo de protección a una **faceta positiva del derecho**, puede citarse [...] sentencia T-974 de 2009, en la cual la Corte Constitucional tuteló los derechos a la vida y la salud de una comunidad que se veía afectada ante las constantes inundaciones producidas por el desborde del río La Vieja. Los tutelantes alegaban que la no construcción de un colector interceptor de alcantarillado que evita la salida directa de las descargas al río y la falta de mantenimiento de unos diques de protección en el mismo, eran la causa de las inundaciones que pongan en peligro los mencionados derechos constitucionales. La Corte Constitucional decidió conceder la acción de tutela, considerando que (i) desde hacía más de 3 décadas —desde mediados de los años 70 del siglo pasado— la Administración conocía el problema y había decidido tratarlo; (ii) que las normas, tanto constitucionales y legales como reglamentarias, territoriales y convencionales imponían el deber de tomar medidas; y (iii) que los derechos de los accionantes estaban en riesgo. (...) **facetas negativas del derecho al agua**. La Corte consideró que se había irrespetado el derecho a acceder al agua, incluso en el caso de predios rurales, no urbanos, cuando por actos positivos de la Administración, así se encontraran justificados, se había afectado el acceso al agua a las personas que habitan permanente o temporalmente en los mismos. Así ocurrió, por ejemplo, en la sentencia T-381 de 2009, caso en el que, luego de reconocer el impacto que una obra había tenido sobre el acceso a fuentes de agua para los predios de los tutelantes, la Corte resolvió ordenar que se adoptaran las medidas adecuadas y necesarias para asegurar que el problema encontrara una solución definitiva (Corte Constitucional de Colombia, 2011, Acción de tutela, T-2.994.681. T-552) (**negrita fuera de texto**).

En sentencia del 2012, la Corte recurre a la interpretación del derecho al agua que se ha adelantado en el ámbito internacional acerca de lo que involucra tutelar el derecho al agua:

De conformidad con los criterios interpretativos sentados por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el contenido del derecho fundamental al agua implica la disponibilidad continua y suficiente de agua para los usos personales y do-

mésticos, la calidad salubre del agua, y la accesibilidad física, económica e igualitaria a ella (Corte Constitucional de Colombia, 2012, Acción de tutela, T-3411056. T-530).

Y de la misma manera, reafirma su posición en posteriores sentencias en las que se ha referido a los servicios públicos domiciliarios, por ejemplo, sentencia de la Corte Constitucional de Colombia, 2013, Acción de tutela, T-3868137. T-573; Corte Constitucional de Colombia, 2014, Acción de tutela, T-4032900.T-028; y Corte Constitucional de Colombia, 2015, Acción de tutela, T-4781861.T- 394, entre otras.

En sentencia del 2014, la Corte Constitucional precisó que la protección que se le ha brindado al derecho al agua ha sido amplia en la jurisprudencia de esta corporación, de acuerdo con las garantías mínimas de disponibilidad, accesibilidad, calidad y no discriminación en la distribución. Ha agregado que una eventual existencia de falla en la prestación del servicio de agua potable puede vulnerar los derechos fundamentales individuales de quien acude al amparo. Asimismo, señaló que: “Toda persona tiene derecho a que la Administración asegure un mínimo vital de agua en condiciones adecuadas de disponibilidad, regularidad y continuidad, y a que por lo menos, exista un plan de acción debidamente estructurado” (Corte Constitucional de Colombia, 2014, Acción de tutela, T-4032900.T-028).

Hasta aquí se muestra como la Corte Constitucional Colombiana le ha brindado una especial atención al derecho del agua, lo cual le ha permitido brindarle una protección efectiva a los individuos que ven amenazados o menoscabados sus derechos fundamentales, a través de un remedio judicial con miras a garantizar el derecho humano al agua y proveer a condiciones dignas de vida al ser humano.

Derecho al agua de sujetos especiales

La Corte Constitucional, desde sus inicios en el año de 1992, se pronunció sobre el amparo del derecho al agua en sujetos de especial protección, es así el primer caso donde la Corte tutela el derecho al agua en lo concerniente al servicio de alcantarillado, considerando especialmente los derechos de los disminuidos, contemplado en el artículo 13 de la Constitución Política (Corte Constitucional de Colombia, 1992, Acción de tutela, T-778. T-406).

La acción de tutela en cuanto al amparo del derecho al agua a sujetos de especial protección constitucional resulta absolutamente proteccionista, así se

demuestra en la sentencia del 2009 donde el Tribunal consideró que si el incumplimiento de las obligaciones facturadas es involuntario u obedece a una fuerza insuperable, además de que el domicilio a que se destinan está habitado por personas que merecen una especial protección constitucional y si el servicio es de aquellos indispensables para garantizar otros derechos fundamentales como la vida, la igualdad, la dignidad o la salud, debe ampararse y ofrecerse al destinatario final unas cantidades mínimas básicas e indispensables, en este caso, de agua potable (Corte Constitucional de Colombia, 2009, Acción de tutela, T-2259519. T-546).

Así lo confirmo en sentencia del 2010, donde la corporación acotó que:

Resulta indiscutiblemente inconstitucional la suspensión de los servicios públicos que reúna tres condiciones: 1) que efectivamente recaiga sobre un sujeto de especial protección constitucional, 2) que tenga como consecuencia directa, para él, un *desconocimiento de sus derechos constitucionales*, y 3) que se produzca por un incumplimiento de las obligaciones que pueda considerarse como involuntario, debido a circunstancias insuperables e incontrolables por el sujeto especialmente protegido o por quienes cuidan de él (Corte Constitucional de Colombia, 2010, Acción de tutela, T-2398113. T-091).

En distintas decisiones donde se compromete una violación del derecho al agua, la Corte ha ordenado a empresas de acueductos municipales reconectar el servicio donde residen sujetos de especial protección constitucional y garantizar el suministro diario por lo menos de 50 litros de agua potable por persona (Corte Constitucional de Colombia, 2011, Acción de tutela, T-2807622.T-471; Corte Constitucional de Colombia, 2011, Acción de tutela, T-2438462.T-740; Corte Constitucional de Colombia, 2011, Acción de tutela, T-3105119.T-928; Corte Constitucional de Colombia, 2013, Acción de tutela, T-3718557 y T-3723692.T-242).

En sentencia del 2012, se ordena a Empresas Públicas de Medellín que reconecte el servicio de agua donde residen sujetos de especial protección constitucional y garantice el suministro diario por lo menos de 50 litros de agua potable por persona (Corte Constitucional de Colombia, 2012, Acción de tutela, T- 3590293. T-925); y en un mismo sentido, en 2013 se ordena al Complejo Carcelario y Penitenciario de Picafeña, el suministro como mínimo de 25 litros por persona al día, de los cuales se les deberá permitir almacenar

cinco litros de agua por persona al día (Corte Constitucional de Colombia, 2013, Acción de tutela, T- 3646858. T-077).

Así, el Tribunal Constitucional se ha encargado de brindarle una eficaz protección a sujetos que se encuentran en condiciones especiales, garantizándoles un mínimo de agua potable con el fin de mejorar sus condiciones de vida y satisfacer sus necesidades más básicas.

Dimensión colectiva del derecho al agua

El derecho al agua es un derecho constitucional complejo que se ha venido desarrollando a lo largo de los últimos años en Colombia, con especial atención a la importancia que tiene para el desarrollo de los demás derechos fundamentales y el progreso.

El derecho al agua es un derecho social, vital y a la vez fundamental como lo ha denominado la Corte Constitucional Colombiana, con el fin de mantener las condiciones materiales mínimas de acceso al líquido vital para que los individuos puedan ejercer sus demás derechos esenciales, tanto de manera individual como colectiva.

La connotación de derecho colectivo se debe a la incorporación de una perspectiva ambiental y ecológica del derecho al agua, lo que constituye un desafío en la modernidad, donde se adoptan conceptos como el desarrollo sostenible (Declaración de Río sobre medio ambiente y el desarrollo, 1992), con el fin de conservar el mundo que hoy conocemos, optar por un cuidado del ambiente y que el hombre del futuro pueda perpetuar condiciones dignas en relación con el ambiente y mejorar su calidad de vida.

En Colombia, la esfera colectiva del derecho al agua ha obtenido protección judicial por parte de la jurisdicción contenciosa administrativa, la cual ha avanzado en su defensa, entendiendo esto como parte del derecho al ambiente. La acción por la cual el ordenamiento le ha proporcionado la defensa judicial al derecho al agua en su esfera colectiva (aunque no de manera expresa ni por la Constitución, ni por la ley) ha sido la acción popular, cuando se trata de detener un daño contingente o hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración o el agravio sobre un derecho colectivo.

La acción popular no está prevista en la Constitución como una acción de carácter subsidiario, dado el objeto que persigue cual es la protección de derechos e intereses colectivos. Acciones populares que según la ley, son medios procesales para evitar el daño contingente, hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración o agravio sobre los citados derechos. Así, su configuración constitucional y legal permite su procedencia de manera autónoma e independiente a otros medios de defensa judicial ordinarios (Corte Constitucional de Colombia, 2007, Acción de tutela, T- 1374305. T-446).

Es así como en el caso de la afectación a alguna fuente hídrica, ya sea por contaminación, imposibilidad del acceso de una determinada población al agua potable, olores nauseabundos o ausencia de servicio público de acueducto o alcantarillado, entre otros, se podrá acudir a la acción popular para que se detenga el daño, se repare o se ordene a alguna entidad administrativa ejecutar alguna operación con el fin de que se salvaguarde el derecho colectivo, ya sea este el ambiente o la salubridad pública.

La acción popular es una acción constitucional, la Constitución Política colombiana la ha incorporado en su artículo 88⁷⁹ y ha determinado que es la ley la que deberá regular lo concerniente a ella. Es así, como el legislador mediante la Ley 472 de 1998, le ha dado desarrollo a este mandato constitucional, definido en la ley como:

Los medios procesales para la protección de los derechos e intereses colectivos. Las acciones populares se ejercen para evitar el daño contingente, hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración o agravio sobre los derechos e intereses colectivos, o restituir las cosas a su estado anterior cuando fuere posible (Ley 472, 1998, art. 2).

La misma ley señala que “las acciones populares proceden contra toda acción u omisión de las autoridades públicas o de los particulares que hayan violado o amenacen violar los derechos e intereses colectivos” (Ley 472, 1998, art. 2); sin embargo, no advierte cuáles son todos aquellos intereses colectivos susceptibles

79 Constitución Nacional de Colombia. Artículo 88: “La ley regulará las acciones populares para la protección de los derechos e intereses colectivos, relacionados con el patrimonio, el espacio, la seguridad y la salubridad públicos, la moral administrativa, el ambiente, la libre competencia económica y otros de similar naturaleza que se definen en ella.

También regulará las acciones originadas en los daños ocasionados a un número plural de personas, sin perjuicio de las correspondientes acciones particulares.

Así mismo, definirá los casos de responsabilidad civil objetiva por el daño inferido a los derechos e intereses colectivos”.

de acción, si son todos o solo algunos. La jurisprudencia del Consejo de Estado la cual da claridad al respecto:

Los derechos e intereses colectivos susceptibles de esta acción son todos aquellos definidos como tales en la Constitución Política, las leyes ordinarias y los tratados de derecho internacional celebrados por Colombia, como por ejemplo los mencionados en el artículo 4 de la Ley 472 de 1998 (Consejo de Estado de Colombia, 2006, Acción popular. Radicado 63001-23-31-000-2003-00861-01 AP-00861).

La Ley 472 señala que cuando se trata de una acción popular en contra de una acción u omisión de autoridades públicas que vulneran los derechos colectivos, la jurisdicción competente para conocerla será la contenciosa administrativa, y cuando esto mismo suceda pero a causa de particulares, será competente la jurisdicción ordinaria. Como su nombre lo indica, la titularidad para ejercer la acción popular se encuentra en cabeza de cualquier persona, natural o jurídica, pública o privada, las organizaciones no gubernamentales, las organizaciones populares, cívicas o de índole similar, entidades públicas con función de vigilancia, el Procurador General de la Nación, el Defensor del Pueblo y los Personeros Distritales y municipales, los alcaldes y los demás servidores públicos por razón de sus funciones (Ley 472, 1998, art.12).

En las decisiones de acciones populares por parte de la jurisdicción contenciosa administrativa, se puede dilucidar la dimensión colectiva con mayor claridad, esta acción se constituye como garantista del derecho al agua de las colectividades. Es así como en el ordenamiento colombiano se ha logrado una protección integral del derecho, frente al individuo mediante la acción de tutela y frente a las colectividades a través de la acción popular.

Los casos que a continuación se enunciarán, los ha conocido el Consejo de Estado con intención de proteger el derecho al agua en sus diferentes alcances, en cuanto a la protección a masas de agua, contaminación por actividad minera del agua, disponibilidad del agua para consumo humano, contaminación del agua para el consumo humano y disponibilidad del agua en situaciones de desastre natural.

Contaminación del agua por actividad minera y sobreexplotación del agua

El Consejo de Estado, al resolver un caso sobre explotación y aprovechamiento de recursos no renovables sin la respectiva licencia ambiental, ni registro minero,

y que causaba daños a las fuentes hídricas de la región, destacó que debe precisarse que, de acuerdo con los artículos 79 y 80 de la Constitución Política, es deber del Estado a través de sus distintas entidades que desarrollan sus funciones, proteger la diversidad e integridad del ambiente, conservar las áreas de especial importancia ecológica, garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución y prevenir y controlar los factores de deterioro ambiental, imponer las sanciones legales y exigir la reparación de los daños causados (Consejo de Estado de Colombia, 2011, Acción popular. Radicado 15001-23-31-000-2003-02013-01(AP)).

De esta manera es como el Tribunal protege el derecho al agua, relacionándolo con el derecho colectivo al ambiente sano, la existencia del equilibrio ecológico y el manejo y el aprovechamiento racional de los recursos naturales.

En el mismo sentido, toma la decisión en un caso donde las actividades realizadas por Canteras de Colombia S.A. contaminaban el agua, el suelo y el aire, pues los recursos eran explotados en lugar abierto. El Tribunal sostuvo que desde el punto de vista constitucional, el medio ambiente involucra aspectos relacionados con el manejo, el uso, el aprovechamiento y la conservación de los recursos naturales, el equilibrio de los ecosistemas, la protección de la diversidad biológica y cultural, el desarrollo sostenible y la calidad de vida del hombre, entendido como parte integrante de ese mundo natural (Consejo de Estado de Colombia, 2011, Acción popular. Radicado 05001-23-31-000-2005-03529-01(AP)).

En estos casos, el Consejo de Estado protege el derecho al agua en relación a los derechos colectivos reconocidos, tanto en la Constitución como en la ley. La defensa del derecho al agua por parte de este Tribunal comprende la restauración, la reparación de los daños que causan alteraciones que pueden producirse en el medio ambiente a casusa de sustancias químicas o biológicas, que atentan contra la naturaleza y degradan los recursos de la nación, con énfasis en detener las actividades mineras descontroladas que degradan el medio ambiente y que en especial contaminan las fuentes hídricas. Es aporte del Tribunal, entender —aunque no de manera tan enérgica— el ecosistema como un ente que posee valor en sí mismo y rebate las teorías antropocéntricas, en las que la naturaleza tiene su valor en razón a la relación del hombre con esta.

Contaminación y disponibilidad del agua para el consumo humano

En los casos decididos por el Consejo de Estado, al respecto de la contaminación y disponibilidad del agua para el consumo humano, se ha protegido este derecho en relación al derecho colectivo de la salubridad pública, dado que se tiene que el suministro de agua no potable puede producir efectos adversos en la población humana y, por lo tanto, amenaza o pone en peligro el derecho e interés colectivo a la salubridad pública. Igualmente, vulnera el derecho e interés colectivo relacionados con el acceso a una infraestructura de servicios que garantice la salubridad pública (Consejo de Estado de Colombia, 2003, Acción popular. Radicado 23001-23-31-000-2001-0282-01(AP)).

También ha hecho mención a los deberes del Estado, en relación al agua potable sosteniendo que:

Los deberes que la Constitución y la ley imponen al Estado implican derechos correlativos de los usuarios a beneficiarse de la atención prioritaria de sus necesidades insatisfechas en materia de agua potable y saneamiento básico (artículo 366 superior) (Consejo de Estado de Colombia, 2003, Acción popular. Radicado 50001-23-31-000-2002-0236-01(AP-737)).

Al respecto, el Consejo de Estado Colombiano ha añadido que la solución de la necesidad básica insatisfecha en materia de agua potable constituye una responsabilidad básica de los municipios, y subsidiaria o concurrente por parte de los departamentos y la nación, en concordancia con los artículos 356, 357, 365 y 366 de la Constitución Política, Ley 136 de 1994, Ley 142 de 1994 y la Ley 715 del 2001 (Consejo de Estado de Colombia, 2003, Acción popular. Radicado 85001-23-31-000-2004-00027-01(AP)).

El Tribunal de lo Contencioso Administrativo, frente a estas situaciones relacionadas con la potabilidad del agua, ha llegado incluso a declarar la excepcional procedencia de la acción popular para que se ejecuten obras, bajo el entendido de que:

Aunque, en principio, la acción popular no es el mecanismo idóneo para conseguir que la administración construya o ejecute una obra, lo cierto es que cuando se trata de proteger algún derecho colectivo, como ocurre en este caso, se deben adoptar todas las medidas que sean necesarias para que se hagan cesar los efectos de la vulneración sin importar que para ello se tenga que adelantar una obra, con mayor razón cuando uno de los fines esenciales del Estado es el de garantizar la efectividad de los principios y derechos consagrados en la Constitución Política y cuando las autoridades

de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades (artículo 2° de la Constitución Política) (Consejo de Estado de Colombia, 2003, Acción popular. Radicado 23001-23-31-000-2001-0282-01(AP)).

El Consejo de Estado ha sido enfático en sus decisiones de acciones populares sobre los recursos hídricos en las cuales se deben amparar efectivamente los derechos colectivos a la salud y salubridad pública, así como garantizar una infraestructura de servicios que mantenga las condiciones de salubridad pública. Así se decidió en un caso ubicada en el municipio de Los Córdoba, pues no se cumplía con las exigencias de potabilidad del agua para el consumo humano, entonces el Tribunal ordenó a la Alcaldía del Municipio que adelantará las medidas y gestiones que, técnica y administrativamente, resultaran necesarias para garantizar el suministro de agua potable a los usuarios del servicio de acueducto que administra (Consejo de Estado de Colombia, 2003, Acción popular. Radicado 23001-23-31-000-2001-0282-01(AP)).

Siguiendo la misma línea, el Consejo de Estado, con el objetivo de proteger el derecho al agua, ha impuesto a la administración pública del Estado desplegar una serie de ejecuciones para lograr que se den condiciones de disponibilidad, accesibilidad y potabilidad del agua, aun cuando es la propia población quien causa daños a las fuentes hídricas. Así, el Consejo lo dispuso en un caso donde se encontraban amenazados y vulnerados los derechos e intereses colectivos a la seguridad y salubridad públicas, al goce de un ambiente sano, al acceso a los servicios públicos y a su prestación eficiente y oportuna, debido a que la quebrada “Hato de la Virgen” recibía aguas residuales a la altura de los barrios Buenaventura y Musicalia. En este caso concreto, el Consejo de Estado manifestó que:

El hecho de que la comunidad afectada sea la que dé origen a la situación de amenaza o vulneración de sus derechos colectivos, por vía de los asentamientos ilegales, ello no obsta para que la Administración adopte las medidas tendientes a su protección o a la mitigación del peligro (Consejo de Estado de Colombia, 2003, Acción popular. Radicado 73001-23-31-000-2001-01676-01(AP)).

Por ello, la Jurisdicción Contenciosa ha brindado una protección en lo que tiene que ver con la disponibilidad del agua para consumo humano, la contaminación de fuentes de agua potable y contaminación de fuentes hídricas ocasionadas por explotación minera, relacionando la situación con los derechos colectivos y

amparándose en disposiciones normativas legales y constitucionales, con el fin de proteger a las poblaciones que presentan dificultades para el acceso al agua, tanto en condiciones óptimas de calidad como en la correcta prestación del servicio de acueducto, imponiéndole cargas a la administración pública del Estado para garantizar preceptos constitucionales y proteger a las poblaciones vulneradas.

La mayoría de los casos donde las pretensiones resultan ser probadas fácticamente, el Consejo de Estado ha realizado una defensa provechosa del derecho humano al agua como derecho colectivo íntimamente relacionado con el derecho al ambiente.

La judicialización del derecho al agua en Argentina, España e India

Argentina

Los tribunales argentinos han emitido sentencias en las cuales se hace referencia a los problemas de contaminación del agua para consumo humano y lo ha entendido en términos generales como el derecho al acceso de agua de calidad para este tipo de consumo. El desarrollo del derecho al agua en Argentina es en mayor parte jurisprudencial y el Estado lo ha integrado a su ordenamiento este derecho como un derecho innominado, incorporando preceptos de derecho internacional; en este sentido, se han pronunciado casos como: menores de la comunidad Paynemil y Marchismo José Bautista y otros.

En el caso “Menores de la Comunidad Paynemil”, los niños y niñas de esta comunidad indígena fueron víctimas de la contaminación de agua para consumo humano, por presencia de metales pesados que fueron vertidos por actividades mineras en la zona. En sentencia, el juzgado de Nequen reconoció que:

El Estado Nequino incurrió en una omisión de garantizar el derecho constitucional a la salud y de protección al medio ambiente, así como la Convención de los Derechos del Niño, el cual goza de jerarquía constitucional en Argentina (...). Para el juzgado el derecho a la salud es corolario del derecho a la vida y, por tanto, se encuentra implícitamente reconocido entre los derechos y garantías innominadas del artículo 33⁸⁰ de la Constitución Nacional (Mitre, 2012, p. 369).

80 “Las declaraciones, derechos y garantías que enumera la Constitución, no serían entendidos como negación de otros derechos y garantías no enumerados; pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno” (Constitución Nacional de Argentina, 1860, art. 33).

En el caso “Marchismo José Bautista y otros” se presentan violaciones a los derechos fundamentales del actor, a partir de la contaminación del río Suquía, pues no se estaba cumpliendo con la vigilancia debida sobre la planta de tratamiento de líquidos cloacales de la ciudad de Córdoba. El juzgado que conoció de la demanda consideró que:

El hecho que se haya demostrado la contaminación de tales pozos, acredita la conculcación del derecho constitucional a la salud con relación al derecho a un nivel de vida adecuado que asegure la salud y el bienestar de las personas dispuesto en el artículo 75 inc. 22, del que se deriva el derecho al agua (según se desprende de la jurisprudencia constitucional argentina que sistemáticamente lo ha interpretado en unidad a los preceptos del Derecho internacional), así como también con los artículos 4 y 55 de la Constitución Provincial de Córdoba, en especial, con el artículo 66, según el cual la prestación de los servicios de agua potable y desagües cloacales es una de las necesidades primordiales que debe satisfacerse a los habitantes (Mitre, 2012, p. 373).

La judicialización del derecho al agua en España

En España, los tribunales de distintas jurisdicciones (civil, penal, contencioso administrativo, de arbitraje, constitucional, etc.) han tomado decisiones protectoras respecto al derecho al agua, fundamentado en la incorporación de lineamientos normativos preexistentes. Especialmente, sus decisiones tienden a la protección del agua y la seguridad en cuanto a su potabilidad, en vista de que la contaminación es uno de los principales problemas a los que se enfrentan los tribunales españoles.

Es así como, en sentencia, el Tribunal Supremo Español señaló que la contaminación de las fuentes de agua para consumo humano es “prohibitiva con carácter general, efectuar vertidos directos o indirectos que contaminen las aguas” (Tribunal Supremo de España, 2000. Recurso de casación, Recurso 1881/1992, STS 3136).

Por su parte, el Tribunal Constitucional ha dispuesto medidas de control sanitario sobre aguas superficiales destinadas para el consumo humano, con el fin de que:

Los controles de que se trata aparecen claramente ordenados a la protección de la salud humana, versen sobre aguas potables o repotables: lo que lleva a reconducir esta actividad, de tipo inminentemente ejecutivo a la competencia relativa de protección de sanidad (Tribunal Constitucional de España, 1991. Conflicto positivo de competencias, 1.187/1988. STC 208).

La judicialización del derecho al agua en India

Los tribunales de India han utilizado el argumento de la conexidad para proteger, mediante acción de tutela, derechos que en principio no son considerados fundamentales; tal es el caso del derecho a la salud, a la educación, a la seguridad social y, por una interpretación sistemática que incluye elementos del derecho internacional, al agua (Coral, 2011).

Es así, como en el caso Subhash Kumar vs. India, el caso Charan Lal Sahu vs. India y Subhash Kumar vs. Estado de Bihar y otros, el Tribunal Supremo de ese país ha interpretado que para disfrutar plenamente de la vida se precisa del disfrute de un medio ambiente libre de contaminación del agua y del aire (Mitre, 2012, p. 311), de esta manera, ha hecho extensiva la posibilidad de exigibilidad del derecho al agua y la tutela del mismo en India.

Otros tribunales indios también han conocido otros casos diferentes a los que concierne la disponibilidad de agua para el consumo humano, en donde ha tutelado el derecho bajo estos mismos criterios frente a situaciones de sobreexplotación del agua, en 1990 en el Caso FK Hussain vs. Unión de la India, así mismo, en 1998 sobre disponibilidad de agua en situación de escasez, caso SK garg vs. Estado de Uttar Pradesh y, en 2007, sobre disponibilidad de agua en situación de desastre natural, caso Kranti vs. Union de la India (Centre on Housing Rights and Evictions, 2008, pp. 279 y 287).

El papel del control de convencionalidad en la judicialización del derecho al agua en el marco internacional de los derechos humanos

Los fallos, adoptados por los tribunales internacionales de derechos humanos, se encaminan a la protección del derecho al agua en sus distintas dimensiones, principalmente, adoptando medidas de reparación y de protección colectiva a los territorios de comunidades indígenas y tribales. Dichos fallos son de magna relevancia, puesto que los tribunales internacionales de protección de derechos humanos fijan estándares de protección mínima a los derechos e imponen a cada uno de los Estados parte, de cada uno de los sistemas regionales de derechos humanos, obligaciones claras para la garantía de los derechos, y en este caso en particular, el derecho al agua.

Es por eso que en este punto se propone, como lo viene sosteniendo la Corte Interamericana de Derechos Humanos a partir del 2006, un control de convencionalidad, pues como se ha de apreciar en los siguientes acápites, los tribunales de derechos humanos vienen desarrollando estándares internacionales en materia de derechos humanos en sus decisiones, con miras a disminuir la cantidad de violaciones de derechos humanos y, por consiguiente, condenas de responsabilidad estatal por violaciones de derechos humanos, en las que el control de convencionalidad, de acuerdo con Cubides, Sánchez, y Pérez (2013), “no es más que la aplicación de estándares internacionales de derechos humanos comparados con la legislación nacional para determinar si no violan los parámetros internacionales” (p. 46).

Dicho control implica, en su modalidad difusa, que los jueces deban realizar el examen de los instrumentos internacionales de protección de derechos humanos y de la interpretación que se ha desarrollado por parte de los tribunales internacionales para aplicar dichos criterios en sus decisiones y, de esta manera, evitar violaciones de derechos que más adelante deban ser condenadas en instancias internacionales.

El control de convencionalidad concentrado y difuso, si bien ha sido ampliamente desarrollado en el sistema regional interamericano de los derechos humanos, no obstaculiza a que los países pertenecientes a otro sistema regional no puedan aplicar el control de convencionalidad difuso o los mismos tribunales internacionales contenciosos a aplacar uno concentrado, pues lo que se pretende es que las violaciones de derechos humanos se reduzcan a partir de la aplicación eficaz de los instrumentos internacionales regionales y universales. La implementación del control de convencionalidad tiene como fin ampliar la cobertura de protección, extendiéndolo a todos los países (Martínez, A. & Cubides, J, 2015, p. 10), así mismo, unificando criterios, claro está atendiendo a las particularidades de cada sistema.

Corte Interamericana de Derechos Humanos - Corte IDH

a) Comunidad Awas Tigni vs. Nicaragua

En este caso, la comunidad fue obligada a desalojar su territorio nativo, donde la subsistencia de sus miembros dependía de las labores de agricultura, caza y pesca que se realiza en aldeas cercanas (Corte IDH, Caso de la comunidad Mayagna Awas Tingni vs. Nicaragua, 2001, párr. 140). La Corte, en el presente, adoptó

medidas de reparación colectiva y protección a territorios colectivos, con motivo de proteger los derechos a la honra, la dignidad, la vida, la libertad de religión, la libre asociación, la libertad de conciencia, la protección de la familia, la libertad de circulación y residencia; y en especial, al artículo 21.1 de la CADH, derecho a la propiedad privada en cuanto al uso y goce de bienes tanto del territorio ancestral como de las fuentes hídricas presentes en él.

b) Pueblo indígena Yakye Axa vs. Paraguay

En el presente caso, hacia la década de los 90, el Estado paraguayo vendió unos territorios que le pertenecían por tradición a esta comunidad, lo cual produjo un deterioro en su calidad de vida, pues carecían de acceso regular y suficiente a agua potable y saneamiento básico, pues carecían de garantías para la reubicación en un nuevo territorio y se les impidió el ejercicio de la propiedad sobre los terrenos ancestrales y los recursos naturales del lugar, entre ellos el agua para el consumo y otras necesidades básicas como la higiene personal, a consecuencia de esto se presentaron cuadros de desnutrición y enfermedades que afectaron a la comunidad indígena en su derecho a la salud, el derecho a la alimentación, el acceso al agua limpia, de manera que impactan agudamente el derecho a una existencia digna y a las condiciones básicas para el ejercicio de otros derechos humanos, como el derecho a la educación o el derecho a la identidad cultural.

El acceso a sus tierras ancestrales y al uso y disfrute de los recursos naturales que en ellas se encuentran directamente vinculados con la obtención de alimento y el acceso a agua limpia. Al respecto, el citado Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha destacado la especial vulnerabilidad de muchos grupos de pueblos indígenas cuyo acceso a las tierras ancestrales puede verse amenazado y, por lo tanto, su posibilidad de acceder a medios para obtener alimento y agua limpia. (Corte IDH, Caso de la Comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay, 2005, párr. 167).

En su decisión, la Corte IDH ordena al Estado suministrar, de manera inmediata y periódica, agua potable suficiente para el consumo y aseo personal de los miembros de la comunidad. También ordena el suministro de infraestructura sanitaria, con el fin de proveerles garantías para vivir en condiciones dignas. Además, la Corte hace especial mención a los ancianos, puesto que el futuro de la

comunidad depende de ellos, ya que son los que enseñan a las nuevas generaciones la cultura a través de la tradición oral⁸¹.

Cabe anotar que como tal, la demanda no pretendía la justiciabilidad del derecho al agua, pero la Corte hizo relación de los demás derechos de la comunidad con el derecho al agua y declaró como prioridad el suministro de agua potable para la comunidad.

c) Caso Saramaka vs. Surinam

El presente caso trata de violaciones a los derechos humanos a causa de que el Estado de Surinam no ha brindado garantías a la comunidad indígena, para ejercer su propiedad sobre territorios y el uso ancestral de las aguas presentes en el mismo.

El Tribunal Interamericano, consideró que:

El artículo 21 de la CADH protege los derechos de los indígenas sobre los recursos naturales necesarios para la subsistencia física en “interconexión” con el derecho de uso y goce de las tierras, que en todo caso está sujeto a ciertos límites razonables y proporcionales en función de fines democráticos, como todos los derechos de la Convención (Corte IDH, Caso Saramaka vs. Surinam, 2007, párr. 128).

En la decisión, ordena la ejecución de diversos proyectos de educación, vivienda y suministro de agua potable para la comunidad.

d) Caso comunidad Sawhoyamaxe vs. Paraguay

Este caso es similar a los anteriores, se refiere a la falta de garantías para ejercer la propiedad en los terrenos que le pertenecen a la comunidad desde tiempos ancestrales. La Corte ordenó, la titulación de las tierras, adecuarlas para la prestación de servicios básicos, incluyendo agua potable e infraestructura sanitaria (Corte IDH, Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxe vs. Paraguay, 2006, párr. 224).

e) Caso comunidad indígena Xákmok Kasék vs. Paraguay

En este caso, también se presenta la violación al derecho de propiedad ancestral, la cual causa dificultades de subsistencia tradicional y servicios básicos para la comunidad indígena. El Estado restringe la entrada al territorio y ordena la expropiación del mismo a la comunidad. En esta sentencia, la Corte Interamericana

81 Véase párrafo 205 Sentencia Comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay

hizo referencia la observación OG n.º 15 del Comité de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales; y a los estándares internacionales de suministro mínimo de agua por persona, para satisfacer necesidades básicas como higiene y alimentación.

f) Caso Veles Loors vs. Panamá

En el nombrado caso, se presenta una detención del señor Vélez Loors por su estatus ilegal migratorio en Panamá. En el centro carcelario donde se encontraba recluso, se presentaron problemas de suministro de agua, lo cual le causó afectaciones junto a los demás reclusos durante los 15 días que se encontró en el centro penitenciario. Frente al caso particular, la Corte Interamericana precisó que los Estados deben adoptar medidas para velar por que las personas privadas de libertad tengan acceso a agua suficiente y salubre para atender sus necesidades individuales cotidianas, entre ellas, el consumo de agua potable cuando lo requiera, así como para higiene personal (Corte IDH, Caso Velez Loors vs. Panamá, 2010, párr. 97).

Comisión Africana de Derechos Humanos

a) Caso pueblo indígena Endoris vs. Kenia

En este caso, el Estado de Kenia le impidió a la comunidad el acceso a sus tierras que desde tiempos ancestrales eran de su propiedad, así que la Comisión Africana determinó que se presentaba una violación del derecho al desarrollo, pues el Estado desalojó bajo promesa de compensación justa a la comunidad, pero el Estado de Kenia no cumplió y, además, no los dejó volver a su territorio, en razón a que allí se construiría un área turística. La Comisión determinó que el lugar donde vivían después del desalojo carecía de acceso a servicios y recursos que amenazaban la supervivencia del pueblo indígena, como la de su cultura y tradiciones.

La Comisión decidió que a efectos de que se mejorase el bienestar de la comunidad, se debían restituir sus tierras y facilitar la recuperación de su sistema de vida, para lo que, entre otras cosas, se debía asegurar el libre acceso al lago Bologoria y sitios periféricos que eran utilizados para el pastoreo y cultos religiosos (African commission on Human and Peoples' Rights, 2009, Decided on merits 276/03, párr. 144)

b) Caso Cohre vs. Sudán

En este caso se presentan desalojos forzados al pueblo por las milicias Janjaweed, atentando contra los derechos de la integridad de las personas y tratos crueles e inhumanos o degradantes. La Comisión encontró responsable al Sudán por apoyar este desalojo, y por las consecuencias que este trajo dado el envenenamiento de pozos y fuentes de agua que causaron riesgo a la vida y la salud de la comunidad.

La Comisión concluyó que se violó la garantía de protección de la familia y el hogar, dispuesto en el artículo 18 de la Carta Africana de Derechos Humanos, que en conexión con los preceptos del Derecho Internacional, representan la violación del derecho a la salud consagrado en el artículo 16 de la Carta Africana, que con base a los elementos explicados por el Comité de DESC en la OG n.º 14 del 2000 sobre el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud, además suponen la violación del derecho al agua, y la violación del derecho de todas las personas a su desarrollo económico, social y cultural, conforme al artículo 22 de la misma Carta (African commission on Human and Peoples' Rights, 2009, Decided on merits 279/03, párr. 206, 209, 217 y 218).

Conclusiones

El derecho al agua es un derecho complejo, en vista de su bidimensionalidad, dimensión individual y dimensión colectiva. Para lograr su protección integral, necesita de un amplio despliegue de esfuerzos, tanto de producción normativa como de mecanismos judiciales de protección, en vista de que se trata de un derecho esencial del hombre, el cual encuentra su fundamento en la dignidad humana y el agua resulta siendo bien esencial para la vida de la persona.

El avance en la protección al derecho al agua en Colombia es principalmente de orden judicial. A nivel individual ha sido la Corte Constitucional la que ha protegido este derecho, dotándolo de un carácter de fundamentalidad por conexidad y reconociéndolo en algunas ocasiones como derecho autónomo dentro de nuestro ordenamiento jurídico, indispensable para la vida digna y el ejercicio de otros derechos fundamentales. A nivel colectivo, es la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, quien lo ha protegido bajo el entendido de que este derecho hace parte, o mejor dicho, se encuentra incluido dentro de los derechos colectivos reconocidos por la Constitución, la ley y el derecho internacional de los derechos

humanos, así lo ha relacionado con el derecho colectivo al medio ambiente y al de salubridad pública. Estos tribunales han hecho mención a la especial protección que merecen los sujetos en condiciones de desigualdad o de vulnerabilidad, en donde la garantía de este derecho se hace esencial para que estas personas vivan y se desarrollen en condiciones dignas.

En el ámbito internacional, países como Argentina, España e India, amparan el derecho al agua de manera no tan diferente a la tendencia colombiana. Argentina, por su parte, ha incorporado este derecho por medio de interpretación judicial, adoptando el criterio de la cláusula innominada que integra los derechos del derecho internacional; a su vez, España es uno de los pocos países que posee una reglamentación de este derecho en especial, en lo que concierne a la contaminación de aguas para el consumo humano, y sus tribunales han tratado de dar aplicación a estas normativas; y en India, se ha protegido el derecho en razón a la relación con derechos fundamentales, este posee una amplia jurisprudencia por parte de sus tribunales, debido a las condiciones territoriales y sociales por las que atraviesa el Estado de India, que incluyen un alto nivel de pobreza y difíciles condiciones para el aprovisionamiento de agua para las necesidades básicas humanas.

Es así que, en el ámbito internacional, a nivel de tribunales de derechos humanos, la protección del derecho al agua se hace integral y de especial importancia para satisfacer la vida en comunidad, la tradición cultural y otros derechos que a nivel colectivo resultan ser esenciales para la vida humana. Principalmente, han tenido la oportunidad de tomar decisiones en el marco de comunidades indígenas y tribales.

Al respecto, se apunta que con el despliegue de instrumentos internacionales y órganos para su protección y promoción, sería de utilidad valerse del mecanismo del control de convencionalidad concentrado, a nivel de tribunales internacionales de derechos humanos y, a nivel difuso, de jueces de los Estados parte, en donde se practique un examen de las normas de derecho interno frente a los estándares internacionales de derechos humanos, con el fin de evitar limitadas interpretaciones que generen mayores violaciones de derechos al no hacerse la valoración entre los estándares nacionales de derecho interno y los internacionales regionales o universales.

LA IMPLEMENTACIÓN DE PARÁMETROS CONVENCIONALES EN LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL COLOMBIANA*

Jaime Cubides Cárdenas
Mayra Nathalia Sánchez Baquero
Alfonso Jaime Martínez Lazcano

Resumen

El presente artículo pretende demostrar la inclusión de parámetros convencionales en el orden jurídico interno colombiano, iniciando por diferenciar de forma clara y concisa el control de convencionalidad del control de constitucionalidad, seguido de los efectos que producen las declaratorias de convencionalidad e inconstitucionalidad hasta abarcar los pronunciamientos que la Corte Constitucional ha realizado sobre el uso y aplicación del control de convencionalidad, llegando por último a dar un vistazo a la situación actual de Colombia ante la Corte

* Este capítulo de libro contiene resultados del proyecto de investigación: "La convencionalización del derecho: el caso del ordenamiento jurídico colombiano desde la justicia multinivel y el posconflicto", el cual hace parte de la línea de investigación: "Fundamentos e implementación de los Derechos Humanos" del Grupo de Investigación: "Persona, Instituciones y Exigencias de Justicia", reconocido y categorizado en (B) por Colciencias, registrado con el código COL0120899, vinculado al Centro de Investigaciones Socio Jurídicas (Cisjuc), y adscrito y financiado por la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Colombia.

Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH). En cada uno de los apartados se podrá observar que el control de convencionalidad representa un avance en la protección de los derechos humanos y, como tal, Colombia avanza poco a poco hasta un reconocimiento total. En la conclusión se evidenciará la necesidad en la materialización de mecanismos de protección de garantías fundamentales y los retos del Estado colombiano ante la política global de protección a estos derechos.

Palabras clave: Control de convencionalidad, Control de Constitucionalidad, Inconvencionalidad, Convención Americana de Derechos Humanos, Principio Pro Homine.

Abstract

This article aims to demonstrate the inclusion of conventional parameters in the Colombian domestic legal order, starting to differentiate clearly and concisely the control of compliance of judicial review, followed by the effects they produce declarations of conventionality and unconstitutional to include pronouncements that the Constitutional Court has done on the use and application of conventionality control, finally coming to take a look at the current situation in Colombia before the Inter-American Court of Human Rights (Court IDH); in each of the sections you can observe the conventionality control represents and advance in the protection of human rights and as such, Colombia inching up to full recognition. In conclusion the necessity is evidenced in the materialization of protection mechanisms fundamental rights and challenges the Colombian State to the overall policy of protecting these rights.

Keywords: Conventionality control, Control of Constitutionality, Conventionality American Convention on Human Rights, Principle Pro Homine.

Introducción

A lo largo de la historia, las violaciones de derechos humanos se han consagrado de las más atroces maneras y han denotado la necesidad de concretar un sistema de protección con carácter internacional, ajeno a la manipulación y a las acciones oscuras que muchas de las veces suceden dentro de los mismos Estados. Justo con base en estos hechos, se creó el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (en lo sucesivo SIDH), teniendo como órganos principales a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (posteriormente Comisión IDH) y la Corte IDH, manifestando su fuerza ejecutoria y la efectividad de su protección por medio del Control de Convencionalidad (a continuación CCV).

Colombia, como parte del SIDH, tampoco ha sido ajena a la realidad latente de vulneración de derechos humanos, tanto así que se ubica en el segundo lugar⁸² con más peticiones y casos que llegan a la Corte IDH, y es hasta los últimos años que ha iniciado un proceso de reconocimiento de parámetros convencionales, en búsqueda de que acudir a la Corte IDH sea la última instancia y las cifras puedan verse reducidas considerablemente; sin embargo, no ha sido un proceso claramente definido, donde los órganos de carácter nacional ordenen la aplicación del CCV en toda actuación que realice una entidad de carácter público, sino que la convencionalidad ha realizado someras apariciones en pronunciamientos constitucionales, sin que con ello se reconozca la existencia de un pronunciamiento oficial que vincule a las tres ramas del poder público a actuar en constante ejercicio del CCV.

En el contexto nacional, muchas veces no se alcanza a vislumbrar la diferencia en los conceptos de convencionalidad y constitucionalidad, mucho menos los alcances que estos tienen y las virtudes que se podrían derivar del uso permanente del CCV; comprender las precisiones conceptuales, similitudes y diferencias, los alcances y los beneficios en todo el actuar dentro del ordenamiento jurídico interno son características que evaluaremos aquí, observando el largo camino que aún queda por recorrer frente a la adopción de la convencionalidad en Colombia. Los retos y perspectivas que como Estado deben plantearse y superar, a fin de dejar

82 Al respecto de los países con más peticiones y casos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, puede dirigirse al apartado de estadísticas de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, rescatado de: <http://www.oas.org/es/cidh/multimedia/estadisticas/estadisticas.html>

a un lado las nominaciones y cumplir con las obligaciones internacionales que como Estado miembro de la Convención Interamericana de Derechos Humanos (a la postre Convención IDH) ha adquirido.

No se pueden demeritar los avances del Estado que parecen ser minúsculos e infructuosos ante las vulneraciones de derechos humanos, máxime cuando Colombia continúa en lucha constante, interna contra una guerra que la ha devastado, y externa intentando modificar su imagen de inseguridad y desarrollo ante los ojos del mundo, intentando convertirse en un Estado más garantista; sin embargo, una de las notas trascendentales de este nuevo modelo de Estado es la convicción acerca de la preponderancia de la dignidad humana, alrededor de la cual giran los derechos humanos, que a su vez le dan sustento y fundamento. Es desde esta perspectiva que los sistemas universales y los regionales de protección de derechos humanos cobran especial importancia, pues no sólo orientan a los Estados hacia una finalidad común, el respeto y la protección de los derechos humanos⁸³ (Cubides, 2013, p. 105).

El Control de Convencionalidad vs. el control constitucional

El Control de Convencionalidad es el mecanismo que se ejerce para verificar que una ley, reglamento o acto de las autoridades del Estado, se ajuste a las normas, los principios y obligaciones de la Convención Americana de Derechos Humanos, principalmente en la que funda la competencia contenciosa de la Corte IDH⁸⁴ (Bustillo, 2013, p. 6); en otras palabras, se puede entender que el Control de Convencionalidad es la denominación que ha otorgado la Corte Interamericana de Derechos Humanos al control que deben realizar las autoridades de los países miembros del Pacto de San José de Costa Rica, para asegurar a los ciudadanos la protección de los derechos fundamentales contenidos en este último (Rocha, 2013, p. 70).

83 Para ampliar, dirigirse a Cubides Jaime, El origen del Control de Convencionalidad (CCV) y sus implicaciones para los Estados que reconocen el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH), 2013. Rescatado de: <http://www.umanizales.edu.co/publicaciones/publicaciones.html>

84 El control de convencionalidad se debe extender, también, a las demás convenciones interamericanas de derechos humanos que fundamenten la competencia de la Corte Interamericana y que establezcan obligaciones para el Estado mexicano. Para mayor información remítase a Bustillo, R. (2013). El control de convencionalidad: La idea del bloque de constitucionalidad y su relación con el control de constitucionalidad en materia electoral. México D.F. Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación Recuperado de: http://www.te.gob.mx/ccje/Archivos/Control_de_Convencionalidad.pdf

Este control se nos presenta en dos modalidades⁸⁵, de forma concentrada y difusa. En su primera expresión como control concentrado de convencionalidad es realizado por la Corte IDH en sede internacional, el cual obedece a sus propias funciones, como lo confirma el artículo 63.1 de la Convención ADH, esta es la encargada de que cuando se decida que hubo violación a los derechos o libertades protegidos en la Convención ADH de garantizar al lesionado el pleno goce de su derecho o libertad conculcados, asimismo, dispone si fuese procedente la reparación de las consecuencias, en la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada; de otro lado y como segunda manifestación⁸⁶, se encuentra el control difuso de convencionalidad, el cual busca que todo órgano jurisdiccional interno que profiera decisiones de carácter vinculante⁸⁷ realice parámetros de compatibilidad entre una norma nacional y las decisiones que hayan sido proferidas por la Corte IDH (Cubides, Sánchez & Pérez, 2013, p. 47).

En otro estadio, se encuentra el control de constitucionalidad, el cual se entiende como, cuando los órganos jurisdiccionales domésticos —y los tribunales constitucionales que en determinados países no dependen del poder jurisdiccional— ejercitan el llamado control de constitucionalidad, cuya sustancia radica en una comparación entre su Carta Magna y las normas secundarias que por su rango están por debajo de ella, debiendo darle prioridad a la primera. Podemos hablar entonces de un “contralor concentrado”, típico de algunas constituciones europeas, donde la revisión es exclusiva por un único cuerpo diseñado para tales fines; o en su caso, como es por demás sabido, de un “control difuso” que debe ser llevado a cabo, como en Estados Unidos y en Argentina⁸⁸, por todos y cada uno de los

85 El control de convencionalidad se despliega en dos vertientes, una la correspondiente a los Estados parte dentro de sus respectivas jurisdicciones, en este caso de forma difusa, y otra, el control de convencionalidad que efectúa la Corte IDH al conocer los casos concretos en forma jurisdiccional los actos u omisos de los Estados partes, en este punto, más que concentrado es un control de convencionalidad de *supervisión* (Martínez, p. 35).

86 Para ampliar el tema, remítase a la sección 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos sobre competencia y funciones en su artículo 63.

87 Para mayor información acerca de quienes deben ejercer el control de convencionalidad en sus diferentes modalidades, revisar (Cubides, Sánchez & Pérez, 2013, El nuevo Control difuso de Convencionalidad como mecanismo para la protección de los derechos humanos, rostro y rastros, pp. 46-54).

88 En México, a raíz de la sentencia de la Corte IDH del caso Radilla Pacheco la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en el expediente varios 910/12, se estableció la obligación a todos los jueces de ejercer un control de constitucional y de convencionalidad de oficio.

magistrados judiciales (Hitters, 2011, p. 2). Aterrizando esta figura en Colombia, se puede entender el control de constitucionalidad⁸⁹ como el sometimiento de la normatividad específica a la norma general que es la Constitución, a efectos de que aquella se enmarque dentro de los parámetros consagrados por esta, tanto en su forma como en su contenido (Reyes, 2007, p. 5).

En la Sentencia C-122/11 se puede observar que al igual que el CCV, el CC es calificado por la doctrina como un sistema mixto, ya que combina un control concentrado en cabeza de la Corte Constitucional y un control difuso de constitucionalidad en donde cualquier autoridad puede dejar de aplicar la ley u otra norma jurídica por ser contraria a la Constitución⁹⁰.

La correcta diferenciación entre el control de constitucionalidad y el de CCV constituye una delimitación necesaria para establecer el margen de la aplicación del uno y del otro, aunque los dos se sumerjan dentro del denominado fenómeno de la constitucionalización del derecho. Este fenómeno tiene diversas aristas, pero todas confluyen hacia los efectos que produce el texto normativo supremo de la Constitución.

El poder irradiador que este tiene para todas las otras ramas del derecho, hace que la perspectiva se convierta en un enfoque sistémico con orientación al sistema constitucional⁹¹ (Cubides, 2012).

Efectos de las sentencias declaratorias de “inconstitucionalidad” e “inconvencionalidad”

Ya se ha revisado en qué consisten las figuras jurídicas del CCV y del CC, ahora toca centrarse en los efectos que tienen.

89 Sobre las características del control de Constitucionalidad, remítase a Reyes Sergio, 2007, Características procesales del control de Constitucionalidad en Colombia revista virtual *Via Inveniendi Et Iudicandi* “CAMINO DEL HALLAZGO Y DEL JUICIO”. http://www.usta.edu.co/programas/derecho/revista_inveniendi/revista/imgs/HTML/revistavirtual/

90 Es decir que combina la idea de Kelsen de control de constitucionalidad concentrado en una instancia jurídica especializada —Corte Constitucional— y un sistema propio del *common law* de control difuso, en donde cualquier autoridad judicial puede, en un caso concreto, dejar de aplicar una norma. Kelsen propuso el control de constitucionalidad concentrado en su obra *¿Quién debe ser el guardián de la Constitución?* También se debe tener en cuenta el control de los actos normativos no legales que se establece en cabeza del Consejo de Estado en Colombia, de conformidad con el numeral 2 del artículo 237 de la Constitución, que establece que corresponde a dicha Corporación conocer de las acciones de inconstitucionalidad de los decretos dictados por el Gobierno Nacional, cuya competencia no corresponda a la Corte Constitucional, atribuyendo a esta entidad el control de los decretos reglamentarios expedidos por el Gobierno Nacional. Para mayor información, remítase al estudio realizado por la Corte Constitucional Colombiana en Sentencia C-122 de 2011 Mp: Juan Carlos Henao Pérez.

91 Para ampliar, leer: Cubides, Jaime. (2012). La relación del fenómeno de la constitucionalización del derecho con el Derecho Procesal Constitucional. En: *Revista Justicia Juris*. Vol. 8. N° 1, pp. 22-29. Barranquilla: Universidad Autónoma del Caribe.

Los efectos de la inconstitucionalidad de una norma por medio del CC es, en principio, su declaratoria de exequibilidad o inexequibilidad; sin embargo, con el paso del tiempo, la Corte Constitucional ha desarrollado diferentes tipos de modulación⁹² y para regular los efectos de sus sentencias se pueden identificar varios tipos de modulación, según esta recaiga sobre su contenido o sobre sus efectos temporales. Sobre el contenido, se pueden nombrar las sentencias interpretativas, sustitutivas e integradoras, y desde el punto de los efectos temporales, se pueden identificar las retroactivas y las diferidas (Ocampo, 2009, p. 8).

Quiere decir esto que la Corte Constitucional no solo decide implicar una norma de carácter constitucional, sino que también puede permitir su aplicación limitando su interpretación, suspendiéndola en el tiempo o modificando sus efectos. Se puede observar, entonces, que este control en cuanto a la jurisdicción interna es el de mayor relevancia en cuanto al estudio de cualquier otra norma con las disposiciones constitucionales; sin embargo, es en este punto donde realiza su aparición el CCV, ya que cuando la norma o disposición sea absoluta y directamente incompatible o disconforme con el parámetro de convencionalidad, al juez constitucional no le queda otra opción más que dictar una sentencia estimatoria que declare su “inconvencionalidad”, con lo cual deberá anularla y expulsarla del ordenamiento jurídico. Esta es la función negativa del control de convencionalidad. Para arribar a tal estado psicológico debe haberse agotado la posibilidad de interpretar la norma nacional, conforme con el parámetro de convencionalidad con el propósito de salvarla (Jinesta, 2012, p. 26).

El alcance del Control de Convencionalidad, justificación de su uso en el principio *pro homine* o *pro persona*

Del estudio realizado se comprende entonces que el CCV tiene incluso la capacidad de ordenar la inaplicación de normas de carácter constitucional, si estas contravinieran las disposiciones contenidas en la CADH⁹³, con mayor razón, normas

92 Por modulación de sentencias, se entienden aquellos fallos del Tribunal Constitucional que traen en sí mismos normas, como cuando ordena al Legislador emitir una disposición, o aquel pronunciamiento de efectos retroactivos que tienen resultados directos sobre el patrimonio particular. Para mayor información, remítase a: Sarmiento Juan (2010), La modulación de las sentencias de la Corte Constitucional ¿Juez natural para la responsabilidad del Estado legislador?

93 Sin embargo, no se trata de una jerarquía formal, ya que si las normas internas son más protectoras o causan menos perjuicios que las interamericanas, deberán aplicarse bajo el principio *pro homine*.

de inferior jerarquía a esta, pero vale la pena preguntarse ¿cuál es la justificación que valida la existencia y uso de un control aún más poderoso que el CC?

Pues bien, el CCV supone la aplicación de mayores estándares para la evaluación de cada caso frente a una posible violación de derechos humanos, se presenta como una alternativa internacional para la garantía (...) en sede interna de los Estados, transformando al juez nacional en un juez interamericano (Benavente, 2012 p. 169) en primera instancia. En este sentido, el CCV permite una mayor aplicación e implementa medidas efectivas en el derecho interno, evitando la violación de los derechos humanos. Debiendo, si es necesario, introducir reformas en el órgano jurisdiccional interno y ajustarlo de acuerdo a los parámetros convencionales de protección (Cubides, Sánchez y Pérez, 2014). Nos encontramos, entonces, ante un control que presta mayores garantías a las personas.

Ahora bien, para dar respuesta concreta a la justificación de su uso es pertinente afirmar que al momento en que los jueces nacionales observan el bloque de constitucionalidad⁹⁴, en el ejercicio de la interpretación conforme, deben evaluar si existe, de entre esas normas y criterios nacionales e internacionales, una que resulte más favorecedora y procure una protección más amplia del derecho que se pretende proteger.

La búsqueda y aplicación de esa norma de protección más amplia es el principio *pro persona*, también llamado *pro homine*, de conformidad con el artículo 1º constitucional y artículo 29 de la CADH (Bustillo, 2013, p. 21).

La Corte Constitucional, en Sentencia⁹⁵ T-284 del 2006, afirma que el principio *pro homine* es un criterio hermenéutico que informa todo el derecho de los derechos humanos, en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva cuando se trata de reconocer derechos protegidos, e inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o a su suspensión

94 En el momento en que los jueces nacionales están evaluando un caso no deben tener en cuenta solo normas del ordenamiento interno, sino los diferentes tratados que ha sido ratificados por Colombia y que según disposiciones constitucionales conforman lo que se denomina como "Bloque de Constitucionalidad". Para un estudio sobre la evolución histórica del tema y los tratados que hacen parte del bloque remítase a: Arango M. (2004) El bloque de constitucionalidad en la jurisprudencia de la corte constitucional colombiana recuperado de <http://www.icesi.edu.co/contenido/pdfs/C1C-marango-bloque.pdf>.

95 Otras sentencias que se refieren al principio *pro homine* o *pro persona* son Sentencia C-1056 de 2004 y Sentencia C-251 de 1997.

extraordinaria. Este principio coincide con el rasgo fundamental del derecho de los derechos humanos, esto es, “estar siempre a favor del hombre”.

Cuando la Corte IDH ha explicitado el alcance del principio *pro homine*, en relación con las restricciones de los derechos humanos, ha expresado que “entre varias opciones para alcanzar ese objetivo, debe escogerse aquella que restrinja en menor escala el derecho protegido, es decir, la restricción debe ser proporcionada al interés que la justifica y ajustarse estrechamente al logro de ese legítimo objetivo” (Corte IDH, Opinión Consultiva OC-5/85). Además de, “la colegiación obligatoria de periodistas (artículos 13 y 29, Convención Americana sobre Derechos Humanos)”, del 13 de noviembre de 1985, Serie A, n° 5, párrafo 46.

El Derecho Internacional de los Derechos Humanos, como todo *corpus* jurídico, se nutre de reglas y principios. Algunos de estos últimos derivan en particular del derecho internacional público, y otros son propios de la disciplina, establecidos para hacer efectiva la aplicación de las normas. Sin duda, el más importante de ellos es aquel al que la doctrina llama *pro homine*, y al que nosotros preferimos mencionar como el “principio pro persona”.

Se acude a la definición de este principio como

[...] un criterio hermenéutico que informa todo el derecho internacional de los derechos humanos, en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos, e inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o su suspensión extraordinaria... (Salvioli, 2003, p. 2).

Es en este estadio, en la aplicación de este principio, que el uso del CCV se valida de forma total, haciendo necesaria su aplicación por parte de todos los Estados miembros de la CADH, ya que permite una protección de mayor calidad y mayores estándares.

Los parámetros convencionales y su desarrollo en Colombia, pronunciamientos constitucionales sobre el Control de Convencionalidad

Colombia aprueba, mediante la Ley 16 de 1972, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el “Pacto de San José de Costa Rica”, firmado en San José de Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969, este reconocimiento implica una

serie de importantes deberes⁹⁶ para el Estado colombiano, en especial la obligación y la búsqueda del cumplimiento de los objetivos trazados por la CAHD, modificando su ordenamiento interno si fuese necesario.

La inserción de las reglas y estándares provenientes del Sistema Interamericano en Colombia ha operado en el plano normativo y en la jurisprudencia, con ocasión del ejercicio de control de constitucionalidad. La dimensión normativa se refiere a la consideración directa de las normas de la Convención Americana, acontecida sobre temas puntuales y de modo poco sistemático, siendo privilegiados los relacionados con los derechos de los niños, la mujer, el derecho al debido proceso y los derechos económicos, sociales y culturales. El plano jurisprudencia fue inicialmente poco sistemático, mediante la referencia aislada a la doctrina contenida en opiniones consultivas, o a reglas jurisprudenciales de los casos contenciosos fallados por la Corte Interamericana (Quinche, 2009, p. 183).

Con respecto a la escasez de pronunciamientos constitucionales sobre la materia, se encuentra la Sentencia T-653 de 2012, donde se afirma que:

La Corte Interamericana tiene atribuciones en materia consultiva y contenciosa. Cuando ejerce estas últimas, que es su función propia y estrictamente jurisdiccional, no hace cosa diferente que —luego de adelantar un proceso— declarar si encuentra o no probado un incumplimiento del Pacto de San José por parte del Estado demandado. Dado que este instrumento internacional es un tratado de derechos humanos, el Tribunal debe establecer si existen concretas violaciones de dichos derechos. Así las cosas, de manera voluntaria, expresando su voluntad de acatamiento y de cara a unas

96 Los deberes que trae para el Estado colombiano son nombrados en la Sentencia T-367 de 2010 a saber son (i) El artículo 68.1 de la Convención Americana, el cual estipula que “los Estados Parte en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes”. Para ello los Estados deben asegurar la implementación a nivel interno de lo dispuesto por el Tribunal en sus decisiones. (ii) El carácter definitivo e inapelable de las sentencias de la Corte Interamericana, las cuales según el artículo 67 de la Convención Americana, deben ser prontamente cumplidas por el Estado en forma íntegra. (iii) El artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, el cual dispone que los Estados Parte no pueden, por razones de orden interno, dejar de asumir la responsabilidad internacional ya establecida; y que las obligaciones convencionales de los Estados Parte vinculan a todos los poderes y órganos del Estado; (iv) La obligación de los Estados Parte en la Convención de garantizar el cumplimiento de las disposiciones convencionales y sus efectos propios en el plano de sus respectivos derechos internos. Este principio se aplica no sólo en relación con las normas sustantivas de los tratados de derechos humanos (es decir, las que contienen disposiciones sobre los derechos protegidos), sino también en relación con las normas procesales, como las que se refieren al cumplimiento de las decisiones del Tribunal; y

(v) El compromiso que adquirió el Estado colombiano al reconocer la competencia contenciosa de la Corte Interamericana, el 21 de junio de 1985, de cumplir sus decisiones y asegurar su implementación en el orden interno, de acuerdo con el artículo 68.1 de la Convención Americana.

finalidades, el Estado Colombiano se hizo parte del Pacto de San José de Costa Rica y aceptó la jurisdicción del tribunal internacional por él creado.

A pesar de esta fuerza vinculante, la cual representa para los Estados parte el reconocimiento de la CAHD y, a pesar de los diferentes procesos que en el caso particular del Estado colombiano se han sometido a estudio de la Corte IDH, se pueden encontrar pronunciamientos proferidos por el más alto tribunal constitucional de Colombia, como lo es su Corte Constitucional, donde en la Sentencia C-028 de 2006, se afirma que:

En lo que respecta a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en diversas ocasiones, la Corte ha considerado que hace parte del bloque de constitucionalidad, en virtud de lo dispuesto en el artículo 93 Superior. Bajo este contexto, es claro que el mencionado instrumento internacional forma parte del bloque de constitucionalidad y, por lo tanto, debe ser utilizado como parámetro que guíe el examen de constitucionalidad de las leyes colombianas, pero ello no significa que las normas pertenecientes al bloque adquieran el rango de normas supraconstitucionales. En ese sentido, la confrontación de una ley con un tratado internacional no puede dar lugar a una declaratoria automática de constitucionalidad o inconstitucionalidad, ya que es necesario, a su vez, interpretarla sistemáticamente con el texto de la Constitución.

El anterior pronunciamiento conserva su línea en Sentencia C-941/10⁹⁷, donde se afirma:

La Corte Constitucional no es juez de convencionalidad, esto es, no está llamada a verificar la concordancia abstracta de la legislación nacional con los tratados internacionales que obligan al Estado. Como lo sostuvo esta Corporación: “la confrontación de una ley con un tratado internacional no puede dar lugar a una declaratoria automática de constitucionalidad o inconstitucionalidad, ya que es necesario, a su vez, interpretarla sistemáticamente con el texto de la Constitución”. Como se indicó, el fundamento normativo de las disposiciones internacionales que se integran al bloque se deriva de cláusulas constitucionales expresas en las que se efectúan

97 El tema a tratar en esta sentencia es la revisión constitucional del “Acuerdo de Libre Comercio entre la República de Colombia y los Estados AELC, el Memorando de Entendimiento relativo al Acuerdo de Libre Comercio entre la República de Colombia y los Estados de la AELC y el Canje de Notas respecto del Capítulo 4 del Acuerdo de Libre Comercio entre la República de Colombia y los Estados AELC, suscritos en Ginebra, a los 25 días del mes de noviembre del dos mil ocho; el Acuerdo sobre Agricultura entre la República de Colombia y la Confederación Suiza, hecho en Ginebra, a los 25 días del mes de noviembre del 2008; el Acuerdo sobre Agricultura entre la República de Colombia y la República de Islandia, hecho en Ginebra, a los 25 días del mes de noviembre del 2008; y el Acuerdo sobre Agricultura entre la República de Colombia y el Reino de Noruega, hecho en Ginebra, a los 25 días del mes de noviembre del 2008” y la Ley aprobatoria número 1372 del 7 de enero del 2010.

remisiones directas a dichas normas y principios, incorporándolos al ordenamiento interno con rango constitucional para efectos de precisar y complementar el sentido de las mismas.

Sin embargo, en un estudio más reciente de la corporación en Sentencia de Unificación SU 712 de 2013, caso en el cual la senadora Piedad Córdoba instauró acción de tutela contra la Procuraduría General de la nación, al considerar que esta le había vulnerado sus derechos fundamentales al debido proceso y desempeño de funciones públicas en el proceso administrativo que se adelantó contra ella, y el cual culminó con una sanción de destitución y la inhabilidad para ejercer cargos públicos por un término de 18 años⁹⁸, la Corte afirma :

Este Tribunal ha establecido en su jurisprudencia que es consciente de que las autoridades internas están sujetas al imperio de la ley y, por ello, están obligadas a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado es parte de un trato internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces, también están sometidos a aquél, lo cual les obliga a velar porque los efectos de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin. Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer *ex officio* un “control de convencionalidad” entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.

En este sentido, se puede observar como la Corte unifica sus distintos pronunciamientos hasta llegar a la conclusión de que el ejercicio del control de convencionalidad se encuentra en cada uno de los jueces constitucionales, en una aplicación del CCV en modalidad difusa⁹⁹; sin embargo, en ninguna de las sentencias la Corte ha adoptado de manera formal, el CCV en el ordenamiento jurídico interno, mucho menos ha diseñado los parámetros de su aplicación, simplemente insta a

98 Para mayor información sobre el desarrollo de los supuestos fácticos que dan lugar a este pronunciamiento de la Corte Constitucional remítase a la Sentencia SU 712 de 2013.

99 Al respeto del control de convencionalidad en su modalidad difusa, su origen y desarrollo, puede consultar: Cubides, Sánchez y Pérez (2013). El nuevo control difuso de convencionalidad como mecanismo para la protección de los derechos humanos, revista *Rastro y rostros*.

los jueces constitucionales a su aplicación en un estudio permanente de la norma internacional, teniendo en cuenta —además— las sentencias dictadas por la Corte IDH y las interpretaciones dadas por esta sobre la misma CAHD, es por esto que en los casos donde se realice de forma efectiva dicho estudio en nuestro país, podría afirmarse que son casi nulas, solo hasta cuando es llevado el caso a sede internacional se puede declarar si en verdad la norma o el actuar de la autoridad contravino realmente las disposiciones de la CAHD.

Claro está que no es solo una falencia del Estado colombiano, al momento de determinar si hay una efectiva garantía de los derechos humanos y, en especial, que puedan ser disfrutados plenamente por sus titulares, surgen cuestionamientos sobre tal efectividad en estos, más al tener en cuenta los numerosos procesos que se tienen a disposición para salvaguarda, pues, sin contar la amplitud tanto de forma como de contenido de dichos procesos, la protección de esos derechos se ha visto infructuosa¹⁰⁰ (Lazcano y Cubides, 2015, p.171)

La falta de concreción en un proceso unificado para la aplicación efectiva del control de convencionalidad, tal vez tiene su origen en su propio creador, esto es la Corte IDH, la cual, en las diferentes condenas de los Estados, no discrimina las formas para su ejecución ni ha diseñado las acciones coercitivas que obliguen a los Estados parte a un cumplimiento inmediato y oportuno de sus sentencias, y no como sucede en la actualidad cumplimientos parciales y tardíos que terminar en la pérdida de credibilidad y eficacia del CCV.

Colombia ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos

En 1995, la Corte IDH profiere su primera sentencia de carácter condenatorio contra el Estado colombiano en el caso: Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Caballero Delgado y Santana vs. Colombia. Después de esto, Colombia ha

100 Para ser puntual en la idea de necesidad de protección eficaz, el autor referencia que en este aspecto tenemos que recordar "que si queremos lograr una cultura eficiente de reconocimiento, fomento y garantía de los Derechos Humanos, entonces debemos simplificar el camino hacia ello ¿Cómo? Evitando técnicas que a nada práctico conduzcan. Caprizo, E. (2013). "El control de convencionalidad y su relación con el sistema constitucional mexicano. Hacia una simple actividad protectora de los derechos humanos". Boletín Mexicano de Derecho Comparado 138. México: UNAM. P. 959.

tenido 13¹⁰¹ condenas más hasta el 2013, sin mencionar los procesos¹⁰² en curso, los que se encuentran en etapa de admisibilidad ante la Comisión IDH, las soluciones amistosas y otros procedimientos que se encuentran sin solución hasta el momento.

Algunos de los casos más relevantes son sobre las violaciones masivas de derechos humanos, como el caso Masacre de Mapiripán vs. Colombia, por los hechos¹⁰³ sucedidos en julio de 1997, cuando un centenar de miembros de las Autodefensas Unidas de Colombia (AUC) aterrizaron en el aeropuerto de San José de Guaviare en vuelos irregulares y fueron recogidos por miembros del ejército sin exigirles ningún tipo de control. El Ejército colombiano facilitó el transporte de los paramilitares hasta la localidad de Mapiripán, seguidos por el rodeo de más de 100 hombres a Mapiripán por vía terrestre y fluvial. Al llegar a Mapiripán, los paramilitares tomaron control del pueblo, de las comunicaciones y de las oficinas públicas, y procedieron a intimidar a sus habitantes. Un grupo fue torturado y asesinado. La fuerza pública llegó a Mapiripán el 22 de julio de 1997, después de concluida la masacre y con posterioridad a la llegada de los medios de comunicación, cuando los paramilitares ya habían destruido gran parte de la evidencia física. A pesar de los recursos interpuestos, no se realizaron mayores investigaciones ni se sancionó a los responsables.

101 Algunos de estos casos contenciosos llevados ante la Corte IDH y que han declarado la responsabilidad del Estado colombiano son Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Caballero Delgado y Santana vs. Colombia; Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Las palmeras vs. Colombia; Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso 19 comerciantes vs. Colombia; Corte Interamericana de Derechos Humanos, masacre de Mapiripán vs. Colombia; Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Caballero Delgado y Santana vs. Colombia; Corte Interamericana de Derechos Humanos, masacre de Pueblo Bello vs. Colombia; Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso masacre de la Rochela vs. Colombia; Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso masacre de Santo Domingo vs. Colombia; Corte Interamericana de Derechos Humanos, las comunidades afrodescendientes desplazadas de la Cuenca del Río Cacarica (Operación Génesis) vs. Colombia, entre otras.

102 En un informe de la corporación, "Excelencia en la justicia sobre condenas contra el Estado colombiano en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos", publicado en el 2011, se muestra que hasta dicha fecha y en referencia a los procesos en curso, se destaca que en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos cursan 134 procesos en etapa de admisibilidad ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos; 50 procesos en etapa de fondo; 12 soluciones amistosas; 5 en etapa de admisibilidad y fondo; 25 con informe definitivo del artículo 51 de la Convención Americana; 11 en cumplimiento de sentencia y 2 con presentación de demanda ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Se estima que los 50 procesos en etapa de fondo, en caso de resultar adverso al Estado colombiano, podrían constituir condenas que ascienden a más de 100 millones de dólares. Para más información sobre el tema de las condenas del Estado colombiano, remítase al estudio recuperado de: <http://www.cej.org.co/index.php/todos-justi/2625-demandas-internacionales-contra-el-estado-colombiano>

103 El resumen de los hechos es extraído de la ficha técnica del caso hecha por la Corte IDH, para mayores detalles remítase a Expediente: Caso Masacre de Mapiripán vs. Colombia recuperado en http://www.corteidh.or.cr/cf/jurisprudencia/expediente.cfm?nld_expediente=93&lang=es

La Corte declara ¹⁰⁴que el Estado violó en perjuicio de cierto número de víctimas, y que el propio Estado mencionó como “aproximadamente 49”, los derechos a la libertad personal, a la integridad personal y a la vida, consagrados en los artículos 4.1, 5.1, 5.2, 7.1 y 7.2 de la Convención, en relación con el artículo 1.1 de dicho tratado. El Estado, también violó en perjuicio de los familiares de las víctimas, el derecho a la integridad personal, consagrado en el artículo 5.1 y 5.2 de la Convención, en relación con el artículo 1.1 de dicho tratado. El Estado, asimismo, violó los derechos de los niños consagrados en dicha disposición de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con los artículos 4.1, 22.1 y 1.1 de la misma.

Otro caso que podemos destacar es el caso de la Masacre de La Rochela vs. Colombia, donde Colombia fue condenada por los hechos ocurridos en enero de 1989 en la localidad de la Rochela, cuando quince miembros de una comisión judicial se dirigían hacia la localidad de La Rochela. Dicho grupo tenía la misión de investigar las ejecuciones cometidas en perjuicio de 19 comerciantes en dicha región. Las personas fueron interceptadas por un grupo paramilitar denominado “Los Masetos”. Ellos dispararon contra los vehículos en los que se encontraban los funcionarios de la comisión judicial, donde solo tres personas lograron sobrevivir. A pesar de haberse interpuesto una serie de recursos, no se llegó a investigar efectivamente lo sucedido ni se pudo sancionar a los responsables.

La Corte determina¹⁰⁵ el reconocimiento parcial de responsabilidad internacional efectuado por el Estado, por los hechos ocurridos el 18 de enero de 1989, en los términos de los párrafos del 8 al 54 de la presente Sentencia. Afirmando que el Estado violó el derecho consagrado en el artículo 4 de la Convención ADH, en relación con el artículo 1.1 de la misma.

Uno más de los casos que han marcado la pauta de la convencionalidad en Colombia es la Masacre de Santo Domingo vs.¹⁰⁶ Colombia, donde el 12 de di-

104 Sobre los puntos resolutive de condena que recibe el Estado colombiano consulte el Expediente: Caso Masacre de Mapiripán vs. Colombia recuperado en http://www.corteidh.or.cr/cf/jurisprudencia/expediente.cfm?nld_expediente=93&lang=es

105 Para ampliar los puntos resolutive de la condena impuesta a Colombia remítase al expediente Corte Interamericana de Derechos Humanos caso masacre de la Rochela vs. Colombia recuperado de http://www.corteidh.or.cr/cf/jurisprudencia/ficha.cfm?nld_Ficha=217&lang=es

106 Sobre la totalidad de la sentencia consulte proceso Masacre de Santo Domingo Vs Colombia en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_259_esp.pdf

ciembre de 1998, mientras se llevaba a cabo en la vereda de Santo Domingo un “bazar”, en el marco del cual se realizaron diversas actividades deportivas, las Fuerzas Armadas de Colombia y la guerrilla protagonizaron enfrentamientos, luego de que una avioneta Cessna aterrizara sobre la carretera que conduce de la vereda de Santo Domingo a Panamá de Arauca o Pueblo Nuevo, con dinero o armas para actividades de narcotráfico. En el marco de esos hechos, las Fuerzas Armadas planearon una operación militar aerotransportada que se prolongó por varios días y en la cual también participó la XVIII Brigada del Ejército Nacional y el Batallón Contraguerrilla n.º 36. En ese contexto, el 13 de diciembre de 1998, varias aeronaves sobrevolaban los alrededores de Santo Domingo en horas de la mañana y, a las 10:02 a.m., la tripulación del helicóptero UH1H 4407 de la Fuerza Aérea Colombiana lanzó un dispositivo clúster de tipo AN-M1A2, compuesto por seis granadas o bombas de fragmentación AN-M41A sobre la calle principal de Santo Domingo, provocando la muerte de 17 personas, de las cuales seis eran niños y niñas, e hiriendo a otras 27 personas, entre ellas 10 niñas y niños (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2012).

Cuando el caso fue llevado a la Corte IDH, el principal argumento del Estado colombiano en defensa era que existía una falta de competencia en razón de la materia, toda vez que señaló que los acontecimientos fueron producto del conflicto armado, de lo que se deriva de las afectaciones causadas no pueden ser estudiadas por la Corte IDH, ya que lo que se requiere es la aplicación del Derecho Internacional Humanitario y el derecho de guerra no es de su competencia; la sentencia de la masacre de Santo Domingo¹⁰⁷ puso a prueba a la Corte IDH en cuanto a sus atribuciones conferidas. A pesar de la insistencia del gobierno colombiano, en cuanto a que la Corte IDH estaba yendo más allá de sus facultades y que las víctimas no agotaron recursos internos, fue condenado desechando sus argumentos que iban en contradicción con lo señalado en la CADH. Como se ha señalado anteriormente, la Corte IDH ha demostrado ser, a través de la CADH, complemento del Sistema de Protección de Derechos Humanos. No pretende sustituir a los sistemas jurídicos estatales, sino más bien

107 Para conocer más detalles sobre esta sentencia y los alegatos del Estado colombiano consulte Martínez-Lazcano, A., Pérez, E., & Cubides, J. (2015, enero-junio). Implicaciones del Control de Convencionalidad: cumplimiento de la Sentencia Radilla Pacheco versus México y el caso de la masacre de Santo Domingo versus Colombia. *Rev. Cient. Gen. José María Córdova* 13 (15), 115-141.

complementarlos con su jurisprudencia y coadyuvar al cumplimiento de las garantías de los derechos humanos.

Bajo esas premisas, en el caso de la Masacre de Santo Domingo, la Corte IDH complementó, sobre la base de la CADH, la jurisprudencia de Colombia para así resolver el caso. Por tanto, el SIDH funciona correctamente ayudando a los Estados parte en cumplimiento de sus responsabilidades (Cubides, 2015, p. 138).

A pesar de que todos estos casos han determinado la responsabilidad del Estado colombiano y le han ordenado el reconocimiento a las víctimas, el pago de indemnizaciones y la toma de medidas para prevenir y sancionar efectivamente estos actos, muchas de estas sentencias aún carecen de ejecutoriedad o solo se cumplieron de forma parcial.

Antes del pronunciamiento en 2013, donde se afirma que todo juez constitucional debe comparar la norma nacional con los preceptos de carácter internacional, la visión sobre el CCV era aún menos clara, dejando ver no solo la falencia en cuanto al cumplimiento de sentencias externas sino la carencia de efectividad en los mecanismos propios del ordenamiento jurídico colombiano, que parecerá cerrar los ojos ante hechos de tal magnitud, los cuales han tenido repercusión en la historia del conflicto colombiano.

Es en estos escenarios de desacierto y de pronunciamientos separados, es cuando más se hace necesario el reconocimiento formal de la aplicación del control de convencionalidad por parte del máximo órgano constitucional, no solo para resolver estas situaciones, sino para prevenirlas.

Conclusiones

- El CCV es un poderoso mecanismo para la protección de los derechos humanos que brinda una amplia garantía a las personas, ya que presenta mayores estándares de evaluación en los casos donde se estudia la posible vulneración de derechos humanos.
- El SIDH está atravesando una etapa de perfeccionamiento y consolidación, donde se abandonan lenta, pero de manera irreversible, los criterios basados en un ejercicio abusivo y mal entendido de la soberanía estatal, y el eje se desplaza hacia la adopción de normas y el dictado de interpretaciones que tienen como centro a la persona humana (Salvioli, 2003, p. 12).

- El Estado colombiano debe adoptar una actitud de cumplimiento frente a las consideraciones y recomendaciones de la Comisión IDH, como adoptar permanentemente como fuente formal de derecho las sentencias emanadas de la Corte IDH, y procurar que violaciones a derechos humanos no vuelvan a suceder en el mismo contexto.
- La era de la globalización no ha permeado únicamente la economía y la industria de la información, también involucra sensiblemente las respuestas de la justicia ante problemáticas comunes, como efectivamente son las violaciones de los derechos humanos en el mundo entero (Vivas y Cubides, 2012, p. 187), este proceso exige de los Estados un compromiso mayor en la adaptación de políticas públicas que se materialicen en una efectiva salvaguarda de estos derechos.
- Las obligaciones contenidas en la Convención ADH sobre el respeto de los derechos y la de garantizar el libre y pleno ejercicio de los mismos, no se agota con la existencia de un orden normativo dirigido a hacer posible el cumplimiento de estas obligaciones estatales, necesidad de una conducta gubernamental por parte de todas las autoridades que cumplan funciones públicas, de asegurar la existencia real de una efectiva garantía al libre y pleno ejercicio de los derechos humanos¹⁰⁸ (Cubides, 2013, P. 116).
- El verdadero reto del CCV no ha sido revelado aún, este dependerá solamente de su ejercicio permanente y de que los diferentes entes nacionales acepten el reto de utilizarlo de modo uniforme, teniendo en cuenta que solo debe acudir a él en sede internacional, cuando la justicia interna, por falencias, no dé respuesta a la protección de los derechos humanos, situación que no debe ser común. Puesto que no se ha logrado el papel de *verdad y reparación*, para quienes son víctimas de vulneración en sus derechos humanos “[...] no corre solo a cargo de la autoridad jurisdiccional sino que puede ser cumplido por cualquier persona y ciertamente cualquier autoridad llamada a promover, respetar, proteger y garantizar los derechos

108 Para ampliar el tema sobre las obligaciones supranacionales derivadas de las decisiones de la Corte IDH y en especial las contenidas del CCV, Cubides Jaime, El origen del Control de Convencionalidad (CCV) y sus implicaciones para los Estados que reconocen el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH). 2013.

humanos [...]” (Ramírez, 2011, p. 126). Por lo anterior, corresponderá a toda autoridad nacional hacer uso del Control de Convencionalidad en su modalidad difusa, dando cumplimiento a la Convención en cada actuar (Cubides, Chacón, Sánchez y Pérez, 2014, p. 17).

BIBLIOGRAFÍA

- Abellán, V. (1997). Internacionalización del concepto y del contenido de los derechos humanos. En *Los derechos humanos camino hacia la paz*. Zaragoza: Centro Pignarelli. Pp. 1-285.
- Acosta, P. (2015). *Diálogo judicial y constitucionalismo multinivel: el caso interamericano*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Aguilar, G. (2012). El control de convencionalidad en la era del constitucionalismo de los derechos. Comentario a la sentencia de la Corte Suprema de Chile en el caso denominado episodio Rudy Cárcamo Ruiz de fecha 24 de mayo del 2012. Revista *Estudios Constitucionales*, (10). Pp. 717-750.
- Aguilar, G. (2013). El control de convencionalidad: análisis en derecho comparado. Revista *Direito GV*, 9 (2). Pp. 721-754.
- Aguirre, J. P. (2008). *Los órganos de protección del Sistema Interamericano de los Derechos Humanos*. Guatemala: Sonibel.
- Ahrens, H. (2012). *El estado de derecho de hoy en América Latina*. México: Konrad Adenauer Stiftung.
- Albar, G., y Cancado Trindade, A. (2003). *Reflexiones sobre el futuro del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. El futuro del sistema interamericano de protección de los derechos humanos*. San José: Corte Interamericana de Derechos humanos. Recuperado el día 17 de noviembre del 2016 de: http://www.acnur.es/PDF/3879_20120402103702.pdf
- Alcalá, H. N. (2000). Las constituciones y los tratados en materia de derechos humanos: América Latina y Chile. *Ius et Praxis*, 6 (2). Pp. 227-279
- Alcalá, H. N. (2015). Los desafíos del control de convencionalidad del *corpus iuris* interamericano para los tribunales nacionales, y su diferenciación con el control de constitucionalidad 1. *Revista de Derecho Político*, (93). Pp. 322.

- Alexy, R. (2007). *La fórmula del peso. El principio de proporcionalidad en el Estado constitucional en Colombia*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Alianak, R. C. (2015). El renovado Derecho Administrativo, a la luz del control de convencionalidad. *Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo*, 2 (1). Pp. 283-300.
- Amaya, A. (2005). El principio *pro homine*: Interpretación extensiva vs. El consentimiento del estado. *International Law: Revista Colombiana de Derecho Internacional, Pontificia Universidad Javeriana*, 5, pp. 337-380. Recuperado de: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=82400511>
- Amaya, O. D. (2006). *15 años de la Constitución Ecológica Colombiana*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Arango, M. (2004). El bloque de constitucionalidad en la jurisprudencia de la corte constitucional colombiana. *Revista Jurídica Precedente*. Universidad Icesi. Pp. 79-102. Recuperado de: <http://www.icesi.edu.co/contenido/pdfs/C1C-marango-bloque.pdf>
- Arango, R. (2012). *El Concepto de Derechos Sociales Fundamentales*. Bogotá: Legis.
- Arango, A. G. (2016). El control de convencionalidad: medio de legitimación del control material de reformas a la constitución. *Revista de Derecho Summa Iuris*, 3 (2). Pp. 330-354.
- Avelar, D. y Proner, C. (2011). A natureza jurídica dos tratados internacionais de direitos humanos sua harmonização e aplicabilidade no ordenamento brasileiro. *Revista de Direitos Fundamentais e Democracia*, v. 10, (10). Pp. 38-87.
- Ayala, C. D. (2015). El control constitucional de la justicia transicional en Colombia, frente a los requerimientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Verba*, 33. Pp. 77-97.
- Ayala, C. M. (2007). La ejecución de sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Estudios constitucionales* (1). Pp. 127-201.
- Barrios, B. (2006). La cosa juzgada nacional y el cumplimiento y ejecución de las sentencias de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos por los Estados parte. *Estudios Constitucionales*, 4 (2).
- Batlle, F. (2012). *El ejercicio del Control de Convencionalidad por parte de la Administración Pública*. (Tesis licenciatura en derecho). República Dominicana: Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra Campus Santo Tomás De Aquino.
- Bazán, V. (2011). Control de Convencionalidad, aperturas dialógicas e influencias jurisdiccionales recíprocas. *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, (18/ 2ª). Pp. 63-104.
- Bazán, V. (2012). El control de convencionalidad: incógnitas, desafíos y perspectivas. En V. Bazán & C. Nash. *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales- El control de convencionalidad*. Colombia: Konrad Adenauer. Pp. 17-55
- Benavente, H. (2012). *La investigación judicial y el control de convencionalidad en el proceso penal: concepto y modalidades*. J. M. Perú: Bosch Editor.

•Bibliografía•

- Benavente Chorres, H. (2012). El juez de control como garante de la convencionalidad de las normas en el nuevo proceso penal mexicano. *Estudios constitucionales*, 10 (1). Pp. 145-200.
- Binder, A. M. (2002). *Política criminal, derecho penal y sociedad democrática*. Guatemala: IC-CPG, Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales de Guatemala.
- Blanke, H. J. (2010). El principio de proporcionalidad en el Derecho alemán, europeo y latinoamericano. *Revista de Derecho Administrativo*, (9). Pp. 343-351.
- Bidart, G. (1993). *Teoría General de los Derechos Humanos*. México, D.F: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Bogdandy A. v. Ius Constitutionale Commune en América Latina: una mirada a un constitucionalismo transformador. *Revista Derecho del Estado*, n.º 34, Universidad Externado de Colombia, enero-junio de 2015, pp. 3-50. DOI: 10.18601/01229893.n34.01
- Burgroque-Larsen, L. (2014). *La Corte Interamericana de los Derechos Humanos como Tribunal Constitucional*. Madrid: Instituto de Derecho Europeo e Integración Regional.
- Bustillo, R. (2014). *El control de convencionalidad en el derecho electoral: los principios rectores para su efectiva aplicación*. México: Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación.
- Bustamante, D. M. & Vásquez, P. A. (2011). La convención Belém Do Pará un balance de su aplicación en la jurisprudencia de la corte interamericana, a 16 años de su entrada en vigor. *Civilizar*, 11(20). Pp. 15-36.
- Calle, M.; González, M.; Mendoza, G.; Palacio, J.; Pretelt, J.; et al. (2013). *Una mirada a las regiones desde la justicia constitucional*. Bogotá: Universidad del Rosario.
- Canizalez Hernández, C. Y., Rivas Enamorado, B. A., & Torres Molina, L. I. (2012). *La aplicación de Medidas Cautelares en el Proceso de Inconstitucionalidad* (Doctoral dissertation, Universidad de El Salvador).
- Canosa, R. (2015). *El control de convencionalidad*. España: Editorial Aranzadi. Pp. 19-41.
- Cantor, E. R., Ramírez, S. G., & Gozaíni, O. (2008). *Control de convencionalidad de las leyes y derechos humanos: homenaje a Héctor Fix-Zamudio*. México: Editorial Porrúa.
- Carbonell, M. (2013). Introducción general al control de convencionalidad. *El constitucionalismo contemporáneo*. Coordinadores: González, L & Valadés, D. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas - Universidad Nacional Autónoma de México.
- Cárdenas, A. (2012). Control de constitucionalidad a posteriori en Francia: ¿Inquietud en la cima o intercambio constructivo de argumentos? *Revista Cuestiones Constitucionales* (27). Pp. 41-71.
- Carbonell, M. (2013). *Teoría de los derechos humanos y del control de convencionalidad*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM.
- Cárdenas, M. y Suárez, I. (2014). Aplicación de los criterios de reparación de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en las sentencias del Consejo de Estado colombiano. *Revista Opinión Jurídica*, 13(26). Pp. 33-48.

- Carnota, W. F. (2011). La diferenciación entre control de constitucionalidad, control de convencionalidad y control de compatibilidad. *Anuario iberoamericano de justicia constitucional*, (15). Pp. 51-66.
- Carpizo, E. (2013). El control de convencionalidad y su relación con el sistema constitucional mexicano. Hacia una simple actividad protectora de los derechos humanos. *Boletín mexicano de derecho comparado*, 46 (138). Pp. 939-971.
- Castañón, D. P. H. (2015). *Legitimidad democrática de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el control de convencionalidad*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Castilla, K. (2011). El control de convencionalidad: un nuevo debate en México a partir de la sentencia del Caso Radilla Pacheco. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*. Vol. XI. Pp. 593-624.
- Castilla, K. (2013). ¿Control interno o difuso de convencionalidad? Una mejor idea: la garantía de tratados. En M. Becerra. (Ed.). *Anuario Mexicano De Derecho Internacional*. México: UNAM. Pp. 51-97.
- Castillo, L. (2012). La relación entre los ámbitos normativos internacional y nacional sobre derechos humanos. *Estudios Constitucionales*, Año 10, (2). Pp. 231-280.
- Castillo, M. A. (2014). El control de convencionalidad: Criterios con base en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Justicia*, 26. Pp. 81-107.
- Cassagne, J. C. (2008). Derecho Administrativo, Tomo I, “Abeledo Perrot”. P. 235.
- Cavallo, G. A. (2011). ¿Surgimiento de un derecho constitucional común en América? Revista *Derecho del Estado*, (26). Pp. 51-83.
- Cavallo, G. A. (2016). Constitucionalismo global, control de convencionalidad y el derecho a huelga en Chile. *ACDI-Anuario Colombiano de Derecho Internacional*, 9. Pp. 113-166.
- Centre on Housing Rights and Evictions, (2008). Legal Resources for the right to water and sanitation: International and National Standards. 2nd edition. Recuperado el 25 de mayo del 2016 de: http://www.worldwatercouncil.org/fileadmin/www/Programs/Right_to_Water/Pdf_doct/RWP-Legal_Res_1st_Draft_web.pdf
- Chacón, N.; Cubides, J.; Díaz, L.; Martínez, A.; Vargas, D. y Vivas, T. (2015). Eficacia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Revista *Novum Jus*, Universidad Católica de Colombia, 9 (2).
- Chinchilla, T. E. (2009). *¿Qué son y cuáles son los derechos fundamentales?* Bogotá: Editorial Temis S.A.
- Comité de Derechos Económicos sociales y culturales. (2002). Observación General N° 15. Recuperado el 25 de mayo del 2016, de: <http://www.derechos.org/nizkor/ley/doc/obgen1.html#L6>
- Contreras, P. (2012). Aproximación crítica a la doctrina del control de convencionalidad. En *XLII Jornadas de Derecho Público* (Valparaíso, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso). Recuperado el 10 de junio del 2016 de: <http://www.pcontreras.net/ponencias.html>

•Bibliografía•

- Contreras, P. (2014). Control de Convencionalidad, Deferencia Internacional y Discreción Nacional en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Revista Ius et Praxis*, 20 (2). Pp. 235-274.
- Coral, A. (2011). *Servicios Públicos y Medio Ambiente: el derecho al agua potable en diferentes legislaciones*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Corona, L y Navarro, P. (2013). Del control difuso al control Holístico (133 vs 1° de la constitución Política de los estados unidos Mexicanos). *Revista Misión Jurídica*, 5. Pp. 47-70.
- Cruceta, J. A. (2001). Análisis del Principio de Legalidad. *Estudios Jurídicos*, Volumen X, Número 1.
- Cruz, L. (2011). El alcance del Consejo Constitucional francés en la protección de los derechos y libertades fundamentales. *Revista de derecho constitucional europeo*, 15. Pp. 499-540.
- Cubides, J. (2013). El origen del control de convencionalidad (CCV) y sus implicaciones para los Estados que reconocen el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH). *Ambiente Jurídico*, 15. Bogotá. Pp. 104-125.
- Cubides, J., Sánchez, M., y Pérez, C. (2013). El nuevo control difuso de convencionalidad como mecanismo para la protección de los derechos humanos. *Revista del observatorio de derechos humanos: iemp*. Pp. 46-54.
- Cubides, J. (2012). La relación del fenómeno de la Constitucionalización del derecho con el derecho procesal constitucional. *Justicia Iuris*, 8. Bogotá, Colombia. Pp. 22-29.
- Cubides, J., y Vivas, T. (2012). Diálogo judicial transnacional en la implementación de las sentencias de la Corte Interamericana. *Entramado*, 8. Cali, Colombia. Pp. 184-204.
- Cuellar, R., y Pacheco, G. (2000). *Derechos humanos de las mujeres: paso a paso*. Washington D.C: Instituto Interamericano de Derechos Humanos. San José, Costa Rica: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Women Law & Development International, Human Rights Watch Women's Rights Project.
- Curiel, A. (2014). *Control de convencionalidad: límites que deben observar al aplicarlo las autoridades administrativas, legislativas y jurisdiccionales*. Tesis, Maestría en Derechos Humanos y Democracia. México: Flacso.
- De la Garza, J. M. S. (2015). Soberanía, globalización y principios constitucionales. In *Estado constitucional, derechos humanos, justicia y vida universitaria: Estudios en homenaje a Jorge Carpizo*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas. Pp. 679-696.
- De Vergottini, G. (2015). La persistente soberanía. *Teoría y realidad constitucional*, 36. Pp. 67-91.
- Díaz, S. (2001). Supremacía de la Constitución. *Revista Estudios de teoría del Estado y Derecho Constitucional en honor a Pablo Lucas Verdú*, 2. Pp. 895-930.
- Diez-Picazo, L. (2008). Las transformaciones de la Constitución francesa de 1958. *Cuadernos de derecho público*, (34-35). Pp. 21-33.

- Durango, G. y Garay, K. (2015). El control de constitucionalidad y convencionalidad en Colombia. Revista *Prolegómenos Derechos y Valores*, (18), 36. Pp. 99-116. Recuperado de: DOI:<http://dx.doi.org/10.18359/dere.936>
- Eto, G. (2014). La inconventionalidad por omisión: una aproximación conceptual. En J. L. Cáceres (Coord.). *Ponencias del V Congreso Nacional de Derecho Procesal Constitucional*. Perú: Adrus D & L Editores. Pp. 129-151
- Fappiano, O. L. y Hitters, J. C. (2012a). Derecho Internacional de los derechos humanos. (Vol. 1, tomo I). Buenos Aires: Ediar.
- Fajardo, Z. (2009). La Plena Vigencia de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre: Una Utopía por Construir. *American University International Law Review*, 25(1). Pp. 77-114.
- Fernández Cruz, J. Á. (2010). El juicio constitucional de proporcionalidad de las leyes penales: ¿la legitimación democrática como medio para mitigar su inherente irracionalidad? *Revista de derecho (Coquimbo)*, 17(1). Pp. 51-99.
- Ferrer, E. (2011). Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad: El nuevo paradigma para el juez mexicano. *Estudios Constitucionales*, 9 (2), Pp. 531-622. Recuperado de <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=82022776013>
- Ferajoli, L. (sf). Democracia constitucional y derechos fundamentales. La rigidez de la constitución y sus garantías. Recuperado de <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2012/08/doctrina34481.pdf>
- Ferrer, E. (2011). Reflexiones sobre el control difuso de convencionalidad: A la luz del caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México. *Boletín mexicano de derecho comparado*, 44 (131). Pp. 917-967.
- Ferrer, E. (2010). *El control difuso de convencionalidad en el estado constitucional*. México, UNAM. Pp. 151-188.
- Ferrer, E. (2011). Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad: El nuevo paradigma para el juez mexicano. *Estudios constitucionales*, 9(2). Pp. 531-622.
- Ferrer, E. y Pelayo, C. (2012). La Obligación de “respetar” y “garantizar” los derechos humanos a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana: Análisis del artículo 1° del pacto de San José como fuente convencional del derecho procesal constitucional mexicano. *Estudios constitucionales*, 10 (2). Pp. 141-192.
- Ferrer, E y Pelayo, C. (2014). Preámbulo. En C. Steiner & P. Uribe (Eds.). *Convención Americana de Derechos Humanos*. Bolivia: Konrad- Adenauer.
- Flax, G. A. (2008). El control de convencionalidad en el procedimiento administrativo. Albanese Susana (Coordinadora), *El control de convencionalidad*. Buenos Aires: Ediar.
- Franco, P. (2015). Hacia la construcción del control de convencionalidad en Colombia. *Revista de Derecho Público*, (34). Pp. 1-34.

•Bibliografía•

- Fromont, M. (2002). El control de constitucionalidad ejercido por las jurisdicciones ordinarias francesas. *Revista Pensamiento Constitucional*, (8). Pp. 369-382.
- Galán, A. (2013). La protección jurisdiccional del derecho humano a libertad personal en México. Tesis de maestría no publicada. México: Flacso. Recuperado el 1 de octubre del 2015, de http://bibdigital.flacso.edu.mx:8080/dspace/bitstream/handle/123456789/2526/Galan_A.pdf?sequence=1
- Galdámez, L. (2014). El valor asignado por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Estudios constitucionales*, 12 (1). Pp. 329-364.
- Galmot, Y. (1990). El Consejo de Estado francés y el control de la conformidad de las leyes a los tratados. *Revista de Instituciones Europeas*, 17 (1). Pp. 9-34.
- García, S. y Morales Sánchez, J. (2013). Recepción de la jurisprudencia interamericana sobre derechos humanos: libertad de expresión, jurisdicción militar y control de convencionalidad. *Cuestiones constitucionales*, (29). Pp. 163-218.
- García, S. (2011). El control judicial interno de convencionalidad. *IUS Revista del Instituto de Ciencias jurídicas de Puebla*, (28). Pp. 23-159.
- García, S. (2011). La Corte Interamericana de los Derechos Humanos. México: Porrúa.
- Gozaini, O. A. (2002). El debido proceso constitucional: reglas para el control de los poderes desde la magistratura constitucional. *Cuestiones constitucionales: revista mexicana de derecho constitucional*, (7). Pp. 53-86.
- González Lemus, M. (2016). La novela “Los derechos en serio en el sistema regional interamericano”: una justificación teórica del control judicial de convencionalidad. Madrid: Universidad Carlos III. Pp. 1-158.
- Gómez, F. (2004). La protección internacional de los derechos humanos. En F. Gómez- Isa & J. M. Pureza. *La protección internacional de los derechos humanos en los albores del siglo XXI*. Bilbao: Universidad de Deusto. Pp. 23- 60.
- Gordillo, A. (2007). La creciente internacionalización del Derecho. En A. Gordillo. *Derechos Humanos*. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo. Pp. II-1- II-20
- Guastini, R. (2001). Rigidez constitucional y límites a la reforma en el ordenamiento italiano, *Estudio de justicia constitucional*. México, D.F: Doctrina Jurídica Contemporánea. Pp. 185-208
- Guevara, J. (2014). La Incompatibilidad del Código de Justicia Militar con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. México D.F: *Comisión Mexicana de Defensa y Promoción de los Derechos Humanos y Comisión internacional de Juristas*. Pp. 1-48.
- Häberle, P. (2003). El estado constitucional (Vol. 47). Perú: Fondo Editorial PUCP. P. 58
- Hernández, D. (2014). Legitimidad democrática de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el control de convencionalidad. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

- Henríquez-Viñas, M. (2014). La polisemia del control de convencionalidad interno. *International Law Rev.*, (24). Pp. 113-141.
- Hitters, J. (2009). Control de constitucionalidad y control de convencionalidad. Comparación (Criterios fijados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos). *Revista Estudios Constitucionales*, 7(2). Pp. 109-128.
- Hitters, J. (2011). El control de convencionalidad y el cumplimiento de las sentencias de la Corte Interamericana (Supervisión supranacional. Cláusula federal). *Revista Peruana de Derecho Público*, 12 (23). Pp. 13-46.
- Hitters, J. (2011). Legitimación democrática del poder judicial y Control de Convencionalidad. *Justicia: Revista de Derecho Procesal*, 2. Pp. 421-434.
- Ibáñez, J. (2012). Control de convencionalidad: precisiones para su aplicación desde la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Anuario de Derechos Humanos*, (8). Pp. 103-113.
- Instituto Interamericano de Derechos Humanos. (2015). Manual auto-formativo para la aplicación del control de convencionalidad dirigido a operadores de justicia. San José, Costa Rica: Instituto Interamericano de Derechos Humanos.
- Ivanschitz, B. (2013). Un estudio sobre el cumplimiento y ejecución de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos por el Estado de Chile. *Estudios Constitucionales*, 11 (1). Pp. 275-332.
- Jinesta, E. (2011). La construcción de un Derecho Administrativo común interamericano. *Revista Iberoamericana de Derecho Público y Administrativo*, 11 (11).
- Jinesta, E. (2012). Control de convencionalidad ejercido por los Tribunales y Salas Constitucionales. En E. Mac-Gregor (Ed.), *El Control Difuso de Convencionalidad: Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales* (pp. 2-28). Santiago de Querétaro: Fundación Universitaria de Derecho, Administración y Política, Constitucionalismo y Derecho Público. Recuperado de http://www.ernes-tojinesta.com/_REVISTAS/CONTROL%20DE%20CONVENCIONALIDAD%20EJERCIDO%20POR%20LOS%20TRIBUNALES%20Y%20SALAS%20CONSTITUCIONALES.PDF
- Juárez, K. A. C. (2013). ¿Control interno o difuso de convencionalidad? Una mejor idea: la garantía de tratados. *Anuario mexicano de derecho internacional*, 13 (13). Pp. 51-97.
- Legris, J. (1999). Observaciones sobre el desarrollo de la teoría de la demostración y su relevancia para la filosofía de la lógica. *Revista Patagónica de Filosofía*, 1. Pp. 115-132.
- Loianno, A. (2014). El control de convencionalidad y la justicia constitucional. Retos de la justicia constitucional y el control de convencionalidad. *Revista Jurídica*, 18. Pp. 157-183.
- Londoño, M. (2005). La efectividad de los fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Revista Dikaion*, 19 (1). Pp. 203-208.

•Bibliografía•

- Londoño, M. C. (2010). El principio de legalidad y el control de convencionalidad de las leyes: confluencias y perspectivas en el pensamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Boletín mexicano de derecho comparado*, 43 (128). Pp. 761-814.
- Londoño, M. (2015). Las garantías de no repetición en la jurisprudencia interamericana: Derecho Internacional y cambios estructurales del Estado. México: Editorial Tirant lo Blanch.
- López, D. E., y Sánchez, A. L. (2008). La armonización del derecho internacional de los derechos humanos con el derecho penal colombiano. *Revista Colombiana de Derecho Internacional*, (12). Pp. 317-352.
- López Sarabia, V. (2015). Interpretación conforme y control de convencionalidad: un método práctico para los jueces federales y locales. (Tesis, Maestría en Derechos Humanos y Democracia). México: FLACSO.
- Lozano, C. (2011). Igualdad verde: el derecho al agua potable en perspectiva *ambiental*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.
- Macho, L. M. (2011). El principio de objetividad en el procedimiento administrativo. *Documentación administrativa*, (289). Pp. 99-127.
- Martínez, A. y Cubides, J. (2015). Influencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y del control de convencionalidad (CCV): análisis de casos paradigmáticos. En Chacón, N., et al. (Ed.), *Eficacia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos* (Pp. 95-122). Bogotá: Universidad Católica de Colombia.
- Martínez, A. J. L., & Cárdenas, J. A. C. (2015). Una visión propositiva para la expansión del derecho procesal convencional de los derechos humanos. *Revistas ICDP*. Pp. 168-196.
- Martínez, A. J. (2014). El control difuso de convencionalidad y su recepción en México. *Revista Jurídica Valenciana*, 2. Pp. 63-89.
- Martínez, A. J. (2014a). Derecho Procesal Convencional: O Garantías Convencionales. *Revista Direitos Emergentes na Sociedade Global*, 3 (2). Pp. 364-385.
- Martínez, A. (2014b). *Sistemas Regionales de Protección de Derechos Humanos*. México: Tuxtla Gutiérrez: Primera Instancia. Pp. 57-91.
- Martínez, A. J. (2015). Impacto del Sistema Interamericano de Derechos Humanos en las jurisdicciones nacionales. *Revista Republicana*, 18. Pp. 21-38.
- Martínez, A. J. y Cubides, J. (2015). Una visión propositiva para la expansión del Derecho Procesal Convencional de los Derechos Humanos. *Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal*, 42. Pp. 167-197.
- Martínez, A. J. y Cubides, J. (2015a). Influencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y del Control de Convencionalidad (CCV): Análisis de dos casos paradigmáticos. En *Eficacia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. En Chacón Triana, N, et. al. Bogotá: Universidad Católica de Colombia.

- Martínez, A., Pérez, E., y Cubides, J. (2015, enero-junio). Implicaciones del Control de Convencionalidad: cumplimiento de la Sentencia Radilla Pacheco versus México y el caso de la masacre de Santo Domingo versus Colombia. *Rev. Cient. Gen. José María Córdova* 13(15). Pp. 115-141.
- Matyas, E. (2014). Constitución, Régimen Penal Militar y Derechos Humanos. Bogotá, Colombia. *Universidad Republicana*, 17. Pp. 171-192.
- Medina, C. (2005). *Las obligaciones de los Estados bajo la Convención Americana sobre Derechos Humanos en la Corte Interamericana de Derechos Humanos: un cuarto de siglo: 1979-2004*. San José: Corte Interamericana de Derechos Humanos.
- Mejía, D. (2014). Sobre la doctrina del control de convencionalidad: una apreciación crítica de la jurisprudencia relevante de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, XIV. Pp. 117-151.
- Méndez, J. A. M. (2015). El control de convencionalidad: un replanteamiento de principios y fuentes del derecho. *Revista Republicana*, (12).
- Miranda, H. (2015). El control de convencionalidad como instrumento de diálogo jurisprudencial en América Latina. *Revista Jurídica IUS Doctrina*. 12. Pp. 1-54.
- Mitre, E. (2012). *El derecho al agua: naturaleza jurídica y protección legal en los ámbitos nacionales e internacionales*. Madrid: Iustel.
- Mora, J. A. (2012). El Control de Convencionalidad: Un Replanteamiento de Principios y Fuentes del Derecho. *Revista Republicana*. Bogotá: Universidad Cooperativa de Colombia.
- Morelos, G. G. (2015). Un Modelo de Control Judicial Difuso de Convencionalidad y de Constitucionalidad para la Jurisdicción Contencioso-Administrativa Iberoamericana (Notas). *Universos Jurídicos*, 1 (4). Pp. 28-59.
- Nash, C. (2013). Control de Convencionalidad. Precisiones conceptuales y desafíos a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Año XIX. Pp. 489-509.
- Négrier, E. (1990). Le crépuscule d'une théorie jurisprudentielle: l'écran législatif et les droits communautaire et constitutionnel, *Revue Du Droit Public*, 3. Pp. 767-799.
- Noguera, H. (2010). Consejo de Estado vs. Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de reparaciones. *Revista Verba Iuris*, Jul- Dic. Pp. 99-120.
- Nogueira, H. (2011). El uso del postulado de proporcionalidad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre libertad de expresión. *Estudios constitucionales*, 9 (1). Pp. 119-156.
- Nogueira, H. (2012). Los desafíos del control de convencionalidad del *corpus iuris* interamericano para las jurisdicciones nacionales. *Boletín mexicano de derecho comparado*, 45 (135). Pp. 1167-1220.

•Bibliografía•

- Nogueira, H. (2013). El control de convencionalidad y el diálogo interjurisdiccional entre tribunales nacionales y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *REdcE*, 10 (19). Pp. 221-270.
- Núñez, R. F y Zuluaga, L. N. (2012). Estándares internacionales de reparación de violaciones de derechos humanos: principios de implementación en el derecho colombiano. *RAI- Revista Análisis Internacional*, 6. Pp. 207-230.
- Ocampo, M. (2009). La modulación de los efectos de las sentencias de constitucionalidad en Colombia. *Boletín del Instituto de Estudios Constitucionales, Escuela de Derecho, N° 17*. Colombia: Universidad Sergio Arboleda.
- O'Donnell, D. (2004). Derecho internacional de los derechos humanos. Normativa, jurisprudencia y doctrina de los sistemas universal e interamericano. Bogotá: Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos.
- Ortiz, M. I. (2003). *El patrimonio constitucional europeo: su asimilación por el orden jurídico comunitario (análisis específico del patrimonio europeo de los derechos fundamentales)*. Tesis de Doctorado no publicada. Barcelona: Universidad Autónoma de Barcelona.
- Parejo, L. (2005). Las mutaciones constitucionales. Algunos ejemplos extraídos de la experiencia española y europea. En J Celis (Coord.) *Reforma de la Constitución y control de constitucionalidad*. Bogotá: Javegraf. Pp. 19-78.
- Parra, D. C. (2010). Protección Cautelar en el Contencioso Administrativo Colombiano: Hacia un Modelo de Justicia Provisional. *Revista Digital de Derecho Admin.*, 4. P. 293.
- Pascual, G. D. (2001). La inaplicación administrativa de reglamentos ilegales y leyes inconstitucionales. *Revista de administración pública*, (155). Pp. 59-106.
- Pastor, J., y Acosta, P. (2014). Sistemas internacionales de protección de los derechos humanos, *Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahíta Temas de Derecho Público N° 90*. Bogotá. Pp. 1-126.
- Pelayo, C. (2012). *Las reformas constitucionales en materia de derechos humanos*. México: Comisión de Derechos Humanos de Distrito Federal.
- Pérez, J. G. (2009). Sistema jurídico de las administraciones públicas. España: Thompson Reuters. P. 25.
- Pérez, L. I. G. (2012). Javier García Roca, Pablo Santolaya (Eds.), *Europe of rights: A Compendium on The European Convention of Human Rights*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden-Boston, 2012. *Teoría y realidad constitucional*, (30). Pp. 582-584.
- Pérez, E., y Pozas, G. A. (2014). ¿México y el bloque de constitucionalidad? En H. González (Coord.). *Derechos humanos, reforma constitucional y globalización*. México: Fontanara.
- Pérez, P. (2003). La justicia constitucional en la actualidad. Especial referencia a América Latina. *Revista del Foro Constitucional Iberoamericano, Instituto de Derecho Público Comparado Universidad Carlos III Madrid*, 2. Pp. 66-81.

- Pinon, S. (2010). El sistema constitucional en Francia. *Revista de derecho constitucional europeo*, (14). Pp. 17-74.
- Pia L, M. (2007). El sistema interamericano de tutela de los derechos humanos: una comparación con el sistema europeo bajo la perspectiva del acceso y de la efectividad. *Meritum*, 2. Pp. 211-263. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4047542>
- Pulido, C. B. (2014). *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. El principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el Legislador*, 4. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Quinche, M. (2009). El control de convencionalidad y el sistema colombiano. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, 12. Pp. 163-190.
- Quinche, M. F. (2014). *El control de convencionalidad*. Bogotá: Editorial Temis.
- Rey, E. (2008). *Control de convencionalidad de las leyes y Derechos Humanos*. México: Editorial Porrúa.
- Reyes, S. (2007). Características procesales del control de Constitucionalidad en Colombia. *Revista virtual Via Inveniendi et Judicandi "Camino del hallazgo y del juicio"*. Recomendado de <http://numanterioresviei.usta.edu.co/articulos/edi4/caracteristicas-procesales-control-constitucional.pdf>
- Ridruejo, J. A. P. (2012). *Curso de Derecho Internacional Público y de Organizaciones Internacionales*. Madrid: Tecnos.
- Rivera, J. y Legarre, S. (2009). Los efectos de la declaración de inconstitucionalidad en los Estados Unidos y la Argentina. *Lecciones y Ensayos*, 86. Pp. 321-350.
- Rocha, D. (2013). *De dónde venimos y hacia dónde vamos en materia de Control de convencionalidad Reflexiones sobre la justicia constitucional en Latinoamérica*. Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla- La Mancha.
- Roberto, D. (2001). *Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Ediciones Ciudad.
- Rojas, C. N. (2013). *Control de convencionalidad. Precisiones conceptuales y desafíos a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Bogotá: Anuario de derecho constitucional latinoamericano. Recuperado el 17 de noviembre de 2016, de: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r32199.pdf>
- Rolla, G. (2004). El papel de la justicia constitucional en el marco del constitucionalismo contemporáneo. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú*.
- Sagües, N. (2004). Desafíos de la jurisdicción constitucional en América Latina. *Foro constitucional iberoamericano*, 8.
- Sagües, N. P. & Cruz, G. E. (2008). *Derecho procesal constitucional: logros y obstáculos; reflexiones sobre los retos y la codificación del derecho procesal constitucional, las fronteras del control de constitucionalidad y los avances del amparo*. Perú: Tribunal Constitucional del Perú, Centro de Estudios Constitucionales.

•Bibliografía•

- Sagüés, N. P. (2011). La Constitución de Cádiz. Una mirada desde Latinoamérica. En *La justicia constitucional en Iberoamérica: Chile, Bolivia, Colombia y Cuba*. Cadiz: Servicio de Publicaciones. Pp. 27-42
- Sagüés, N. (2011). El “control de convencionalidad” en el sistema interamericano, y sus anticipos en el ámbito de los Derechos económicos-sociales. Concordancias y diferencias con el sistema europeo. En *Construcción y papel de los derechos sociales fundamentales*. Coordinadores Von Bogdandy, A., et al. México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Salcedo, M. (2008). *Proyección y cambios recientes en el arbitraje de contratos públicos en Francia. Estudio comparativo sobre su evolución en Francia y en Colombia*. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario.
- Salmón, E. (2006). Algunas reflexiones sobre DIH y justicia transicional: lecciones de la experiencia latinoamericana. *International Review of the Red Cross*, 862. Pp. 213-241.
- Sarmiento, J. (2010). La modulación de las sentencias de la Corte Constitucional ¿Juez natural para la responsabilidad del estado legislador? *Revista Precedente*. Colombia: Universidad Icesi. Pp. 227 -258.
- Savioli, F. (2001). El aporte de la declaración americana de 1948, para la protección internacional de los Derechos Humanos. En Corte Interamericana de Derechos Humanos (Ed), *El Sistema interamericano de protección de los derechos humanos en el umbral del siglo XXI*, San José de Costa Rica: Corte Interamericana de Derechos Humanos. Pp. 678-696
- Salvioli, F. (2003). *Un análisis desde el principio pro persona sobre el valor jurídico de las decisiones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*. Recuperado el 15 de mayo del 2016 de [http://www.procuraduria.gov.co/portal/media/file/2\(1\).pdf](http://www.procuraduria.gov.co/portal/media/file/2(1).pdf)
- Schroeder, F. (1992). Jurisdicción Militar, III Tomo, 5 ediciones. México D.F: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo X, agosto de 1999. Novena Época.
- Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo XXIII, febrero de 2006. Materia: Penal. Novena Época. Pp. 1-2321.
- Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Libro III, diciembre de 2011. Materia: Constitucional. Novena Época. Pp. 1-4866
- Serrano, S. (2011). Criterios de aplicación del DIDH. Introducción al Derecho Internacional de los derechos humanos. Maestría en Derechos Humanos y Democracia. México. Documentos de Trabajo N°4. México: Flacso.
- Silva, L. (2006). El control de constitucionalidad de los actos administrativos en Francia y el control indirecto de constitucionalidad de la ley: la teoría de la ley pantalla. *Ius et Praxis*, 12(2). Pp. 201-219.
- Sosa, R. (2008). *Concepto y contenido del derecho social*. Argentina: Universidad Nacional de la Plata. Pp. 1-18.

- Tortosa, V. P. (2007). *Para una teoría general de las medidas cautelares penales*. Doctoral dissertation. España: Universitat de Girona. Facultat de Dret. Departament de Dret Públic.
- Touchard, J. F. (1990). Á propos de l'arrêt Nicolo, *Revue Du Droit Public*, 3. Pp. 801-811.
- Valadés, D. (1994). El Estado Social de Derecho, *Constitución y política, segunda edición*. México, D.F: Universidad Nacional Autónoma de México. Pp. 61-66
- Velásquez, F. (2010). *Manual de Derecho Penal: Parte General*. Bogotá: Ediciones Jurídicas Andrés Morales.
- Victoria, O. Base Constitucional del Procedimiento Administrativo. *Revista de la Administración Pública en el nuevo régimen constitucional*. Pp. 141-142.
- Villalba, P. (2014). Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Paraguay: Asunción.
- Villanueva, R. P. (2010). Medidas de aseguramiento y reforma penal: una perspectiva desde los derechos humanos. *Derecho PUCP*, (65). Pp. 29-55.
- Vivas, T. y Cubides, J. (2012). Diálogo judicial transnacional en la implementación de las sentencias de la Corte Interamericana. *Revista Entramado*, 8 (2). Pp. 184-204.
- Yáñez Merlo, L. D. L. (2015). Control constitucional de la acción de protección para los actos administrativos. Ecuador: (Tesis de maestría) Universidad Regional Autónoma de los Andes.
- Zúñiga, N. (2013). *El control de Convencionalidad*. España: Editorial académica española.

Normativas

- Constitución Nacional de Argentina de. 1860. Recuperado el 25 de mayo del 2016 de <http://www.senado.gov.ar/Constitucion/capitulo1>
- Constitución Política de Colombia. (1991).
- Constitución Política de los Estados Unidos de Mexicanos del 5 de febrero de 1917. Diario Oficial de la Federación.
- Convención Americana sobre Derechos Humanos. (1969). San José de Costa Rica.
- Declaración de Rio sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo. (Naciones Unidas, 1992). Recuperado el 25 de mayo del 2016, de <http://www.un.org/spanish/esa/sustdev/agenda21/riodeclaration.htm>
- Decreto 1575. (Presidente de la República de Colombia, 9 de mayo del 2007). Decreto 1575. Recuperado el 23 de mayo del 2016, de www.minambiente.gov.co/images/GestionIntegral-delRecursoHidrico/pdf/Disponibilidad-del-recurso-hidrico/Decreto-1575-de-2007.pdf
- Ley 136. (Congreso de la República de Colombia, 2 de junio de 1994). Recuperado el 23 de mayo del 2016 de http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0136_1994.html

•Bibliografía•

- Ley 16 de 1972. Convención Americana sobre Derechos Humanos “Pacto de San José de Costa Rica”, firmado en San José de Costa Rica. (Convención Americana sobre Derechos Humanos, 22 de noviembre de 1969).
- Ley 1765. Diario Oficial de Colombia N°. 49.582. (23 de julio del 2015).
- Ley 472. (Congreso de la República de Colombia, 5 de agosto de 1998). Recuperado el 23 de mayo del 2016, de http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0472_1998.html
- Ley 715. (Congreso de la República de Colombia, 21 de diciembre del 2001). Recuperado el 23 de mayo del 2016, de http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0715_2001.html
- Observación General N° 15. (Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales, 2002). Recuperado el 25 de mayo del 2016, de <http://www.derechos.org/nizkor/ley/doc/obgen1.html#L6>

Jurisprudencia

Nacional Consejo de Estado

- Alberto Alfredo Jubiz Hazbum vs. Fiscalía General de la Nación (2014): Consejo de Estado. Sentencia del 29 de enero. Sección Tercera. Acción de reparación directa. 33806.
- Ana Rita Alarcon vda. de Gutiérrez vs. Municipio de Pereira (2014): Sentencia del 28 de agosto. Sección Tercera. Acción de reparación directa. 26251.
- Aracely Cardona Guerrero vs. Instituto de Seguros Sociales (2013): Consejo de Estado. Sentencia del 30 de octubre. Sección Tercera. Acción de reparación directa. 22076.
- Argenis Vaca vs. Ejército Nacional (2013): Consejo de Estado. Sentencia del 27 de febrero. Sección Tercera. Acción de reparación directa. 24734.
- Caracol televisión s.a. y RCN televisión s.a. vs. Autoridad Nacional de Televisión (2015): Consejo de Estado. Sentencia del 13 de mayo. Sección tercera. Subsección C. Acción de Nulidad Simple. 53057.
- Clara Inés Gómez vs. Policía Nacional (2014): Consejo de Estado. Sentencia del 12 de marzo del 2014. Sección Tercera. Acción de reparación directa. 28224.
- Consejo de Estado de Colombia. Sección primera (04 de febrero del 2010). Radicado 73001-23-31-000-2001-01676-01(AP). [C P: María Claudia Rojas Lasso]
- Consejo de Estado de Colombia. Sección primera (30 de marzo de 2006). Radicado 85001-23-31-000-2004-00027-01(AP). [C P: Camilo Arciniegas Andrade]

- Consejo de Estado de Colombia. Sección quinta (16 de agosto del 2002). Radicado 50001-23-31-000-2002-0236-01(AP-737). [C P: Darío Quiñones Pinilla]
- Consejo de Estado de Colombia. Sección quinta (22 de noviembre del 2003). Radicado 23001-23-31-000-2001-0282-01(AP). [C P: Darío Quiñones Pinilla]
- Consejo de Estado de Colombia. Sección tercera (13 de Febrero del 2006). Radicado 63001-23-31-000-2003-00861-01 AP-00861. [C P: Germán Rodríguez Villamizar]
- Durabio Pérez vs. Policía Nacional (2014) Consejo de Estado. Sentencia del 12 de febrero. Sección Tercera. Acción de reparación directa. 26013.
- Edilia del Consuelo Jiménez Arroyave vs. Ejército Nacional (2013): Consejo de Estado. Sentencia del 21 de noviembre. Sección Tercera. Acción de reparación directa. 29764
- Eudoro Salcedo Acosta vs. Policía Nacional (2012): Consejo de Estado. Sentencia del 22 de octubre. Sección Tercera. Acción de reparación directa. 24070.
- Farouk Yanine Diaz vs. Fiscalía General de la Nación (2014): Consejo de Estado Sentencia del 27 de marzo. Sección Tercera. Acción de reparación directa. 28642.
- Félix Antonio Zapata González vs. Ejército Nacional (2014): Consejo de Estado. Sentencia del 20 de octubre. Sección Tercera. Subsección C. Acción de reparación directa. 32988.
- José Álvaro Torres vs. Ejército Nacional (2013): Consejo de Estado. Sentencia del 17 de octubre. Sección Tercera. Cambio de Radicación. 45679.
- María Calixta Villalba Martínez vs. Armada Nacional (2014): Consejo de Estado. Sentencia del 9 de Julio. Sección Tercera. Acción de reparación directa. 44333.
- María Rosa Ángela Gómez Restrepo vs. Ejército Nacional (2013): Consejo de Estado. Sentencia del 6 de diciembre. Sección Tercera. Acción de reparación directa. 26669.
- Mariela Duarte Parrado vs. Departamento Administrativo de Seguridad (2014): Consejo de Estado. Sentencia del 26 de junio. Sección Tercera. Acción de reparación directa. 26029.
- Nestor de Jesús Zapata Ruiz vs. Hospital Universitario San Jorge de Pereira (2014): Consejo de Estado. Sentencia del 12 de marzo del 2014. Sección Tercera. Acción de reparación directa. 40802.
- Ramón Floriano Carrera vs. Ministerio de Educación (2014): Consejo de Estado. Sentencia del 12 de junio. Sección Tercera. Acción de reparación directa. 28433
- Teresa del Socorro Isaza de Echeverry vs. Ministerio de Defensa Nacional (2013): Consejo de Estado. Sentencia del 17 de septiembre. Sección Tercera. Acción de reparación directa. 45092.
- Víctor Andrés Sandoval Peña vs. Agencia Nacional de Contratación Pública (2015). Consejo de Estado. 20 de abril. Sección Tercera. Nulidad Simple. 50219.

Nacional Corte Constitucional

- Acción de Tutela. Magistrado ponente Jaime Araújo Rentería. T- 595946, T 677. (Corte Constitucional de Colombia, 2000).
- Acción de Tutela. Magistrado Ponente: Jaime Córdoba Triviño. Expediente T-1668295 T-284. (Corte Constitucional de Colombia, 2006).
- Acción de Tutela. Magistrado Ponente: Jorge Iván Palacio Palacio. Expediente T-3408860 T-653. (Corte Constitucional de Colombia, 2012).
- Acción de Tutela. Magistrado Ponente: Jorge Iván Palacio Palacio. Expediente T-3005221 SU 712. (Corte Constitucional de Colombia, 2013).
- Acción de Tutela. Magistrado Ponente: María Victoria Calle Correa. Expediente T-2499665 T-367. (Corte Constitucional de Colombia, 2010).
- C-148, M.P. Carlos Gaviria Díaz. (Corte Constitucional, C-148 de 1998), M.P. Carlos Gaviria Díaz.
- Demanda de Inconstitucionalidad Magistrado Ponente. Eduardo Cifuentes Muñoz. C-070. (Corte Constitucional de Colombia, 1996).
- Demanda de Inconstitucionalidad. Magistrado ponente Alfredo Beltrán Sierra. Expediente D-2766. C-878. (Corte Constitucional de Colombia, 2000).
- Demanda de Inconstitucionalidad. Magistrado ponente Eduardo Cifuentes Muñoz. Expediente D-1445. C-878. (Corte Constitucional de Colombia, 1997).
- Demanda de Inconstitucionalidad. Magistrado Ponente Marco Gerardo Monroy Cabra. D-4778 C-171. (Corte Constitucional de Colombia, 2004).
- Demanda de Inconstitucionalidad. Magistrado Ponente Rodrigo Escobar Gil. Expediente D-3877 C - 614 de 2002. (Corte Constitucional de Colombia, 2004).
- Demanda de Inconstitucionalidad. Magistrado Ponente. Eduardo Cifuentes Muñoz C-118. (Corte Constitucional de Colombia, 1996).
- Demanda de Inconstitucionalidad. Magistrado Ponente: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub D-10110 C-616. (Corte Constitucional de Colombia, 2014).
- Demanda de inconstitucionalidad. Magistrado Ponente: Juan Carlos Henao Pérez. Expediente D-8207 C-122. (Corte Constitucional de Colombia, 2011).
- Demanda de Inconstitucionalidad. Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda Espinosa. Expediente D-6032, C-370. (Corte Constitucional de Colombia, 2006).
- Revisión constitucional. Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero. Expediente L.A.T.-091 C-251. (Corte Constitucional de Colombia, 1997).
- Revisión constitucional. Magistrado Ponente: Jorge Iván Palacio Palacio. Expediente LAT-360 C-941. (Corte Constitucional de Colombia, 2010).

- Revisión previa de proyecto de ley estatutaria. Magistrado Ponente: Clara Inés Vargas Hernández Expediente P.E. 017 C-1056. (Corte Constitucional de Colombia, 2004).
- Sentencia C-150. MP. Manuel Cepeda Vargas. (Corte Constitucional de Colombia. Sala plena, 25 de febrero del 2003).
- Sentencia C-889. MP. Luis Ernesto Vargas Silva. (Corte Constitucional de Colombia. Sala plena, 30 de octubre del 2012).
- Sentencia SU-442. MP. Hernando Herrera Vergara. (Corte Constitucional de Colombia. Sala de plena, 16 de septiembre de 1997).
- Sentencia T-028. MP. María Victoria Calle Correa. (Corte Constitucional de Colombia. Sala de revisión, 27 de enero del 2014).
- Sentencia T-077. MP. Alexei Julio Estrada (Corte Constitucional de Colombia. Sala de revisión, 14 de febrero del 2013).
- Sentencia T-091. MP. Nilson Pinilla Pinilla, (Corte Constitucional de Colombia. Sala de revisión, 15 de febrero del 2010).
- Sentencia T-1104. MP. Jaime Araújo Rentería. (Corte Constitucional de Colombia. Sala de revisión, 28 de octubre del 2005).
- Sentencia T-242. MP. Luis Ernesto Vargas Silva. (Corte Constitucional de Colombia. Sala de revisión, 19 de abril del 2013).
- Sentencia T-273. MP. Nilson Pinilla Pinilla. (Corte Constitucional de Colombia. Sala de revisión, 30 marzo del 2012).
- Sentencia T-312. MP. Luis Ernesto Vargas Silva. (Corte Constitucional de Colombia. Sala de revisión, 26 de abril del 2012).
- Sentencia T-379. MP. Antonio Barrera Carbonell. (Corte Constitucional de Colombia. Sala de revisión, 28 de agosto de 1995).
- Sentencia T-381. MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. (Corte Constitucional de Colombia. Sala de revisión, 28 de mayo del 2009).
- Sentencia T-394. MP. Myriam Ávila Roldán. (Corte Constitucional de Colombia. Sala de revisión, 30 de junio del 2015).
- Sentencia T-406. MP. Ciro Angarita Barón. (Corte Constitucional de Colombia. Sala de revisión, 5 de junio de 1992).
- Sentencia T-410. MP. Jaime Córdoba Triviño. (Corte Constitucional de Colombia. Sala de revisión, 22 de mayo del 2003).
- Sentencia T-418. MP. María Victoria Calle Correa. (Corte Constitucional de Colombia. Sala de revisión, 25 de mayo de 2010).
- Sentencia T-446. MP. Clara Inés Vargas Hernández. (Corte Constitucional de Colombia. Sala de revisión, 30 de mayo del 2007).

•Bibliografía•

- Sentencia T-471. MP. María Victoria Calle Correa. (Corte Constitucional de Colombia. Sala de revisión, 13 de junio del 2011).
- Sentencia T-530. MP. Adriana María Guillén Arango. (Corte Constitucional de Colombia. Sala de revisión, 10 de julio del 2012).
- Sentencia T-546. MP. María Victoria Calle Correa. (Corte Constitucional de Colombia. Sala de revisión, 6 de agosto del 2009).
- Sentencia T-552. MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. (Corte Constitucional de Colombia. Sala de revisión, 7 de julio del 2011).
- Sentencia T-573. MP. Alberto Rojas Ríos. (Corte Constitucional de Colombia. Sala de revisión, 26 de agosto del 2013).
- Sentencia T-578. MP. Alejandro Martínez Caballero. (Corte Constitucional de Colombia. Sala de revisión, 3 de noviembre de 1992).
- Sentencia T-616. MP. Luis Ernesto Vargas Silva. (Corte Constitucional de Colombia. Sala de revisión, 5 de agosto del 2010).
- Sentencia T-701. MP. Humberto Antonio Sierra Porto. (Corte Constitucional de Colombia. Sala de revisión, 2 de octubre del 2009).
- Sentencia T-707. MP. Luis Ernesto Vargas Silva. (Corte Constitucional de Colombia. Sala de revisión, 11 de septiembre del 2012).
- Sentencia T-717. MP. María Victoria Calle Correa. (Corte Constitucional de Colombia. Sala de revisión, 8 de septiembre del 2010).
- Sentencia T-725. MP. Nilson Pinilla Pinilla. (Corte Constitucional de Colombia. Sala de revisión, 26 de septiembre del 2011).
- Sentencia T-740. MP. Humberto Antonio Sierra Porto. (Corte Constitucional de Colombia. Sala de revisión, 3 de octubre del 2011).
- Sentencia T-749. MP. María Victoria Calle Correa. (Corte Constitucional de Colombia. Sala de revisión, 26 de septiembre del 2012).
- Sentencia T-864. MP. Alberto Rojas Ríos. (Corte Constitucional de Colombia. Sala de revisión, 27 de noviembre del 2013).
- Sentencia T-916. MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. (Corte Constitucional de Colombia. Sala de revisión, 7 de diciembre del 2011).
- Sentencia T-925. MP. Alexei Julio Estrada. (Corte Constitucional de Colombia. Sala de revisión, 9 de noviembre del 2012).
- Sentencia T-928. MP. Luis Ernesto Vargas Silva. (Corte Constitucional de Colombia. Sala de revisión, 7 de diciembre del 2011).

Interamericana

- Corte IDH. Responsabilidad Internacional por Expedición y Aplicación de Leyes Violatorias de la Convención (arts. 1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-14/94 del 9 de diciembre de 1994.
- Corte IDH. Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C N°. 154.
- Corte IDH. Caso Castillo Petrucci y otros vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 30 de mayo de 1999. Serie C N°. 52.
- Corte IDH, Opción Consultiva OC 16-99, de 1 de octubre de 1999, solicitada por los Estados Unidos Mexicanos.
- Corte IDH. Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto del 2001. Serie C N°. 79.
- Corte IDH. Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2003. Serie C N°. 101.
- Corte IDH. Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala. Fondo. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C N°. 63.
- Corte IDH. Caso de los Hermanos Gomez Paquiyauri vs Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de julio del 2004.
- Corte IDH. Caso 19 Comerciantes vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de julio del 2004. Serie C N°. 109.
- Corte IDH. Caso Huilca Tecse vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 03 de marzo del 2005. Serie C N°. 121.
- Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia del 17 de junio del 2005. Serie C N°. 125.
- Corte IDH. Caso de la “Masacre de Mapiripán” vs. Colombia. Sentencia del 15 de septiembre del 2005. Serie C N°. 134.
- Corte IDH. Caso Goiburú y otros vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 22 de septiembre del 2006. Serie C N°. 153.
- Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 29 de marzo del 2006. Serie C N°. 146.
- Corte IDH. Caso La Cantuta vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 29 de noviembre de 2006. Serie C N°. 162.
- Corte IDH. Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de noviembre de 2006. Serie C N°. 158.

•Bibliografía•

- Corte IDH. Caso Boyce y otros vs. Barbados. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 20 de noviembre del 2007. Serie C N°. 169.
- Corte IDH. Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 12 de agosto del 2008. Serie C N°. 186.
- Corte IDH. Caso Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 23 de Noviembre del 2009. Serie C N°. 209.
- Corte IDH. Caso Anzualdo Castro vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 22 de septiembre del 2009. Serie C N°. 202.
- Corte IDH. Caso Barreto Leiva vs. Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 17 de noviembre del 2009. Serie C N°. 206.
- Corte IDH. Caso Radilla Pacheco vs. México. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 23 de noviembre del 2009. Serie C N°. 209.
- Corte IDH. Caso Masacre de las Dos Erres vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de noviembre del 2009. Serie C N°. 211.
- Corte IDH. Caso Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 26 de mayo del 2010. Serie C N°. 213.
- Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de agosto del 2010. Serie C N°. 214.
- Corte IDH. Caso Fernández Ortega y otros. vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 30 de agosto del 2010. Serie C N°. 215.
- Corte IDH. Caso Fernández Ortega y otros vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 30 de agosto del 2010. Serie C N°. 215.
- Corte IDH. Caso Rosendo Cantú y otra vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 31 de agosto del 2010. Serie C N°. 216.
- Corte IDH. Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 1 de septiembre del 2010. Serie C N°. 217.
- Corte IDH. Caso Vélez Loor vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 23 de noviembre del 2010. Serie C N°. 218.
- Corte IDH. Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 26 de noviembre del 2010. Serie C N°. 220.
- Corte IDH. Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de noviembre del 2010. Serie C N°. 219.
- Corte IDH. Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 26 de noviembre del 2010. Serie C N°. 220.

- Corte IDH. Caso Gelman vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones. Sentencia del 24 de febrero del 2011. Serie C N°. 221.
- Corte IDH. Caso Chocrón Chocrón vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 1 de julio del 2011. Serie C N°. 227.
- Corte IDH, Caso Fontevecchia y D'Amico vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre del 2011.
- Corte IDH. Caso López Mendoza vs. Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 1 de septiembre del 2011. Serie C N°. 233.
- Corte IDH. Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de febrero del 2012. Serie C N°. 239.
- Corte IDH. Caso Furlan y Familiares vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 31 de agosto del 2012. Serie C N°. 246.
- Corte IDH. Caso Masacres de Río Negro vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 4 de septiembre del 2012. Serie C N°. 250.
- Corte IDH. Caso Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de octubre del 2012. Serie C N°. 251.
- Corte IDH. Caso Vélez Restrepo y Familiares vs. Colombia. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 3 de septiembre del 2012. Serie C N°. 248.
- Corte IDH. Caso Forneron e hija vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 27 de abril del 2012. Serie C N°. 242.
- Corte IDH. Caso Masacre de Santo Domingo vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia del 30 de noviembre del 2012. Serie C N°. 259.
- Corte IDH. Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 25 de octubre del 2012. Serie C N°. 252.
- Corte IDH. Caso Gudiel Álvarez (Diario Militar) vs. Guatemala. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia del 20 noviembre del 2012. Serie C N°. 253.
- Corte IDH. Caso Mendoza y otros vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia del 14 de mayo del 2013. Serie C N°. 260.
- Corte IDH. Caso J. vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 27 de noviembre del 2013. Serie C N°. 275.
- Corte IDH. Caso Liakat Ali Alibux vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 30 de enero del 2014. Serie C N°. 276.
- Corte IDH. Caso Norín Catrimán y otros (dirigentes, miembros y activista del Pueblo Indígena Mapuche) vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 29 de mayo del 2014. Serie C N°. 279.

- Corte IDH. Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 28 de agosto del 2014. Serie. C N°. 282.
- Corte IDH. Caso Rochac Hernández y otros vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 14 de octubre del 2014. Serie C N°. 285.
- Corte IDH. Caso García Cruz y Sánchez Silvestre vs México. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre del 2011.
- Corte IDH. Caso Trujillo Oroza vs. Bolivia. Reparaciones y Costas. Sentencia del 27 de febrero del 2002. Serie C N°. 92.
- Corte IDH. Caso Hilaire, Constantine y Benjamín y otros vs. Trinidad y Tobago. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 21 de junio del 2002. Serie C N°. 94.
- Corte IDH. Caso Vargas Areco vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 26 de septiembre del 2006. Serie C N°. 155.

Internacional Francia

- Sentencia del 24 de mayo de 1975. (Consejo Constitucional, Sociedad Jaques vabre. Francia, 1975).
- Sentencia del 20 de octubre de 1989. (Consejo de Estado, Nicolo, Francia, 1989)

Internacional España

- Recurso 1881/1992, STS 3136. M.P: Eladio Escursol Barra. (Tribunal Supremo de España. Sala de lo Contencioso, 13 de abril del 2000).
- Recurso 1881/1988, STC 208. M.P: Luis López Guerra. (Tribunal Constitucional de España. Sala plena, 31 de octubre de 1991).

Internacional África

- Case Endorois Welfare Council vs. Kenya, Decided on merits 276/03. (African commission on Human and Peoples' Rights, 25 de noviembre del 2009).
- Centre on Housing Rights and Evictions (COHRE) vs. Sudán, Decided on merits 279/03. (African commission on Human and Peoples' Rights, 27 de mayo del 2009).



Editado por la Universidad Católica de Colombia
en diciembre del 2016, impreso en papel propali-
bros de 75 g., en tipografía Times New Roman,
tamaño 11 pts.

Publicación digital:
Hipertexto Ltda.

Impreso por:
Xpress Estudio Gráfico y Digital S.A

Sapientia aedificavit sibi domum

Bogotá, D. C., Colombia

EL CONTROL DE
CONVENCIONALIDAD
(CCV)Fundamentación e
implementación desde el
Sistema Interamericano de
Derechos Humanos

17

Actualmente se presentan problemáticas en donde, la mayoría de veces, los instrumentos utilizados para solucionarlas no son lo suficientemente rigurosos o eficaces, tanto en el ámbito nacional como internacional. El Control de Convencionalidad se encuentra incorporado al Sistema Interamericano de Derechos Humanos. En el presente libro se evalúa y analiza la eficacia de este instrumento, no solo en el ámbito interamericano en general, sino también desde situaciones específicas en determinados países que afectan directamente a una población en concreto. Además de evaluar este aspecto, se evidencian las principales características del Control de Convencionalidad: su origen, fundamentos y antecedentes y las diferentes clases que existen. Se exponen otros temas relacionados, como el análisis de la aplicación del Control de Convencionalidad en el derecho administrativo, el derecho penal, el derecho internacional público, y el análisis de su aplicación en la judicialización del derecho al agua. Dichos análisis están enfocados en países como Argentina, España, Colombia y México. Esta obra también muestra cómo el Control de Constitucionalidad se compara con el Control de Convencionalidad, delimitando sus principales diferencias, relacionadas con su aplicación y características. La importancia de este acápite, radica en la confusión que tiende a existir entre estos controles.

UNIVERSIDAD CATÓLICA
de Colombia
Vigilada Mineducación